



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFES - PPGDIR
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

THAIS PRATA DA SILVA

**Controle judicial do ato administrativo
praticado com base em dispositivo legal
contendo conceito jurídico indeterminado**

2008

Vitória - ES



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFES - PPGDIR
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

THAIS PRATA DA SILVA

**Controle judicial do ato administrativo
praticado com base em dispositivo legal
contendo conceito jurídico indeterminado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor Jader Ferreira Guimarães.

2008

Vitória - ES

THAIS PRATA DA SILVA

**Controle judicial do ato administrativo
praticado com base em dispositivo legal
contendo conceito jurídico indeterminado**

Banca Examinadora

Professor Doutor Jader Ferreira Guimarães

Professor Doutor Manoel Alves Rabelo

Professor Doutor Márcio Cammarosano

FICHA CATOLOGRÁFICA

Silva, Thais Prata da

Controle judicial do ato administrativo praticado com base em dispositivo legal contendo conceito jurídico indeterminado/ T.Silva – ed.rev. – Vitória, 2008.
257p.

Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo – Programa de Pós-Graduação de Direito Processual

1. Controle do ato administrativo 2. Conceito jurídico indeterminado 3. Poderes do juiz . Universidade Federal do Espírito Santo - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo – Programa de Pós-Graduação de Direito Processual.

Ao Francisco e à Maria Laura
pelo apoio, paciência, compreensão, amor
incondicional e contínuo incentivo.

Aos meus pais
por acreditarem em mim.

AGRADECIMENTOS

A realização de um trabalho desse porte sempre exige sacrifícios pessoais, daqueles que nos fazem abdicar de uma série de prazeres efêmeros, por se acreditar que a verdadeira satisfação somente se alcança na conquista das coisas valorosas e duradouras. Porém, os sacrifícios não são só pessoais, o que seria fácil de lidar, mas também atinge aos que estão próximo, quando não deixam de compartilhar de sua presença física, resistem ao mau humor e ansiedade de quem está na elaboração de uma dissertação.

Assim, minha filha, Maria Laura merece meu incondicional agradecimento por suportar a falta do meu convívio, que lhe era tão necessário, mas tenha ciência que tudo que faço é por e para você, porque você é o sentido da minha vida.

Ao Francisco, meu esposo, sem o teu apoio não teria chegado até aqui, principalmente por assumir minhas responsabilidades maternas a fim de que pudesse concluir os créditos e escrever a dissertação. Agradeço também o repasse de seus conhecimentos, comentários oportunos e por me encaminhar ao mundo acadêmico me acompanhando no desenvolvimento deste trabalho. Enfim, obrigada por vocês me proporcionarem o dom e a gratificação de amar.

Ao professor Dr^o Jáder Ferreira Guimarães, por sua dedicada orientação, com contínuo incentivo e grande tolerância, ao desenvolvimento deste trabalho.

À amiga Leide pelo repasse de seus conhecimentos e comentários oportunos.

À também amiga Adriana que participou de perto no desenvolvimento desse trabalho ouvindo por diversas vezes o mesmo assunto e contribuindo com seus valiosos conselhos.

Aos meus pais e irmãs pelo eterno carinho e compreensão.

À todos que, direta ou indiretamente, colaboraram na execução deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de estudar o controle judicial dos atos administrativos praticados com base em conceitos jurídicos indeterminados. Inicialmente buscou-se a desenvolver os conceitos fundamentais da atividade administrativa, tais como o ato administrativo e seus elementos, como também definirmos o verdadeiro significado dos atos vinculados e discricionários, importantes esclarecimentos para adentrarmos no controle jurisdicional dos atos administrativos. Num segundo momento procurou-se com base no estudo do Direito estrangeiro, particularmente, no Direito germânico, no Direito espanhol e no Direito português e brasileiro, colher posicionamentos em defesa do enquadramento dos referidos conceitos tanto no campo da vinculação quanto no âmbito da discricionariedade. Os princípios jurídico-administrativos serviram de norte para o deslinde da questão, destacando-se o princípio da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e da moralidade. Ultrapassadas essa fase o trabalho tenta demonstrar os poderes e os limites do poder judiciário ao realizar o controle do ato administrativo apresentando as técnicas legislativas utilizadas na atualidade para a concretização da justiça, tais como o uso dos conceitos vagos, gênero das espécies conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Por fim, segue-se a análise do controle judicial dos atos administrativos praticados com base em conceitos jurídicos indeterminados, diferenciando o ato discricionário do conceito jurídico indeterminado. Nesse sentido, concluímos que os conceitos indeterminados importam uma interpretação que uma vez aferida no caso concreto se encontra passível de controle pelo Poder Judiciário por compreendermos que a vagueza contida na norma não retira dela o ser poder vinculado, diferentemente do que ocorre com os atos discricionários que na maioria das vezes não é passível de controle.

Palavras-chave: conceitos jurídicos indeterminados; discricionariedade, controle judicial, ato administrativo.

ABSTRACT

The objective of this work is to study the judicial control of administrative action practiced on the basis of indeterminate legal concepts. First, it seeks to develop the fundamental concepts of administrative activity, such as the administrative action and its elements, as well as defining the real meaning of the bonded and discretionary acts, important clarifications to enter within the jurisdictional control of administrative law. Secondly, it seeks to defend the framework of the referred concepts based on foreign law, particularly German, Spanish, Portuguese, and Brazilian law both in the field of bonded and discretionary acts. The juridical administrative principles serve to guide the resolution of the issue emphasizing the principles of legality, reasonability, proportionality, and morality. Furthermore the work aims to demonstrate the powers and the limits of judicial power to achieve control of the administrative action introducing the legislative techniques used in achieving justice such as the use of vague concepts, genre of indeterminate legal concept types, and general clauses. Lastly follows an analysis of judicial control of administrative action practiced on the basis of indeterminate legal concepts, differentiating the discretionary act from indeterminate legal concepts. Accordingly, we conclude that the indeterminate concepts require an interpretation that, once verified in the concrete case, are susceptible to control by the judiciary by understanding that the vagueness contained in the norm does not withdraw the bonding power, unlike what happens in the discretionary actions which the majority of the time are not control susceptible.

Keywords: Indeterminate legal concepts, discretionary, judicial control, administrative actions.

RESUMÉ

Le présent travail a pour objectif d'étudier le contrôle judiciaire des actes administratifs pratiqués sur la base de concepts juridiques indéterminés. Dans un premier temps ce travail va chercher à développer les concepts fondamentaux de l'activité administrative, tel que l'acte administratif et ses éléments, et définir le véritable sens des actes liés et descriptifs, éclaircissements importants pour se pencher sur le contrôle judiciaire des actes administratifs. Dans un deuxième temps, sur la base de l'étude du droit étranger en particulier (le droit allemand, le droit espagnol, et le droit portugais) et sur le droit brésilien, ce travail va présenter des arguments en défense de l'inclusion de ces concepts dans le champ de la relation, autant que dans celui de la description. Les principes juridico-administratifs serviront de base pour le développement du sujet, soulignant les principes de la légalité, raison, proportion et moralité. Ensuite, ce travail va s'attacher à démontrer les pouvoirs, et les limites du pouvoir judiciaire qui réalise le contrôle de l'acte administratif, en présentant les techniques législatives utilisées pour rendre la justice, tel que l'utilisation de concepts vagues, concepts juridiques indéterminés et clauses générales. Enfin il suivra une analyse du contrôle judiciaire des actes administratifs pratiqués sur la base des concepts juridiques indéterminés, en différenciant l'acte descriptif du concept juridique indéterminé. Dans ce sens, et en conclusion, les actes indéterminés apportent une interprétation qui, une fois adaptée au cas concret est passible de contrôle par le pouvoir judiciaire de par le fait que le flou de la norme ne lui retire pas son pouvoir de lien, différemment de ce qui se déroule avec les actes descriptifs qui dans la majorité des cas ne sont pas passibles de contrôle.

Mots clefs: concepts juridiques indéterminés; descriptifs, contrôle judiciaire, acte administratif.

LISTA DE DENOMINAÇÕES ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
DIU	Diário da União
j.	juízo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

LISTA DE DENOMINAÇÕES ABREVIATURAS E SIGLAS.....	10
SUMÁRIO.....	11
INTRODUÇÃO	14
1. Contextualização do tema no Direito Processual	14
2. Nosso objeto	16
3. Nosso propósito principal	19
CAPÍTULO I	20
1. A linguagem e sua importância para o pensamento humano	20
1.1 Os signos	20
2. A linguagem e o Direito.....	23
2.1 O uso da linguagem natural pelo legislador	25
2.2 A linguagem como convenção	27
2.3 Dificuldades para compreensão dos signos.....	30
2.3.1 A Vagueza e a ambigüidade das palavras.....	32
3 As coisas, seu conceito e sua definição.....	36
CAPÍTULO II	40
2. As normas jurídicas vagas.....	40
2.1 Estrutura da norma jurídica e técnica legislativa	40
2.2 As cláusulas gerais.....	42
2.2.1 Vantagens e desvantagens da cláusula geral	45
CAPÍTULO III	48
3. A definição de conceito jurídico indeterminado	48
3.1 A indeterminação está no termo ou no conceito?	52
3.1.1 A divergência doutrinária.....	53
3.1.2 Nossa posição.....	56
3.2 Estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados	57
3.2.1 O núcleo e o halo do conceito: a zona de certeza e a zona de incerteza.	58
3.2.1.1 A posição de Fernando Sainz Moreno	58
3.2.1.2 A posição de Eduardo de Enterría e Tomás Fernández	59
3.2.1.3 A posição de Philipp Heck.....	60
3.3 Classificação dos conceitos jurídicos indeterminados	61
3.3.1 Os conceitos descritivos e os conceitos normativos.....	62
3.3.2 Os conceitos empíricos e os conceitos de valor	63
3.3.3 Os conceitos teóricos e os conceitos práticos	64

3.3.4 Os conceitos de valor e os conceitos de experiência	64
3.3.5 Os conceitos vinculados e os conceitos não-vinculados	65
CAPÍTULO IV	68
4. A atividade administrativa e o poder	68
4.1 A definição de poder	68
4.2 A definição de poder vinculado e de poder discricionário	68
4.3 O conceito de ato administrativo	69
4.3.1 A lição de Celso Antônio Bandeira de Mello	70
4.4 Os elementos do ato administrativo	71
4.5 Ato vinculado e ato discricionário: termos impróprios	78
4.5.1 Ato vinculado	79
4.5.2 Ato discricionário	81
4.5.2.1 A definição de ato discricionário na doutrina brasileira	82
4.5.2.2 A justificativa para a discricionariedade	84
4.5.3 Ato discricionário e ato arbitrário	87
4.5.4 Formas de concessão do poder discricionário pela lei	90
4.5.5 A questão da discricionariedade técnica	91
4.5.5.1 Parecer técnico e discricionariedade	95
4.5.5.1.1 O conceito de parecer	95
4.5.5.1.2 As espécies de parecer	95
4.5.5.1.3 Nossa posição sobre Parecer técnico e discricionariedade	96
4.6 Ato discricionário e interpretação	97
4.7 A situação contemporânea dos limites da discricionariedade	98
CAPÍTULO V	102
5. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade	102
5.1. Os conceitos jurídicos indeterminados na Constituição Federal	102
5.1.1 A questão do conceito de relevância e urgência e o controle da edição de Medidas Provisórias pelo Judiciário	102
5.1.1.2 O giro jurisprudencial	104
5.2. Alguns conceitos indeterminados na legislação de Direito Administrativo	105
5.2.1. O “serviço adequado” e a “emergência”	105
5.2.1. A “notória especialização”	108
5.3 A presença da discricionariedade na norma	111
5.3.1 A posição de Maria Sylvia Zanella di Pietro	111
5.3.2 A questão da localização da discricionariedade no texto legal	112
5.4 Interpretação e discricionariedade	116
5.5 Conceito jurídico indeterminado e a teoria da adequabilidade normativa	134
CAPÍTULO VI	144
6. Os conceitos jurídicos indeterminados e a contribuição do direito estrangeiro	144
6.1 Direito Germânico	144
6.1.1 A jurisprudência alemã contemporânea	149
6.2 Direito Espanhol	151
6.3 Direito Português	159
CAPÍTULO VII	169
7. O juiz como agente da jurisdição: a questão do poder de interpretar.	169
7.1 Os limites impostos aos juízes	170
7.1.1. Limites substanciais	170

7.1.2. Limites processuais	171
7. 2 O papel reservado ao juiz no processo	173
7.2.1 O Juiz do Estado Liberal	173
7.2.2 O Juiz do Estado Social	176
7.2.3 O Juiz do Estado Democrático de Direito	178
7.3 O processo contemporâneo e os poderes do juiz.....	181
7.4 Teorias que justificam o controle judicial do ato administrativo discricionário	183
7.5 Princípios constitucionais como fundamento para o controle judicial dos atos administrativos	186
7.5.1 Os princípios jurídicos	186
7.5.2 Os princípios e as regras	188
7.6 Princípio da razoabilidade.....	194
7.7 Princípio da Moralidade.....	203
7.8 Princípio da Inafastabilidade do Controle pelo Poder Judiciário	208
7.9 O Princípio da Separação do Poderes	210
7.9.1 Conflito ou Harmonia entre o Princípio da Inafastabilidade do Controle pelo Judiciário e o Princípio da Separação dos Poderes.	211
CAPÍTULO VIII	214
8. A posição da doutrina brasileira sobre a relação entre discricionariedade e conceitos indeterminados	214
8.1 As possibilidades de controle judicial dos atos praticados com base em conceito indeterminado.....	216
8.2 Os juízos de valor altamente pessoais	218
8.3 Os atos decorrentes do juízo de prognose	219
8.4 Os argumentos de Antônio Francisco de Sousa contra um controle judicial profundo.....	235
8.4.1 Falta de preparação técnica dos juízes.....	235
8.4.2 O juiz se encontra afastado no tempo e no espaço da realidade em que se enquadra a decisão que deve apreciar.....	236
8.4.3 Aquele ato administrativo praticado é componente de uma estrutura muito maior.	236
8.4.4 A natureza dinâmica da Administração Pública atual.	237
8.4.5 A Inflação legislativa.	237
8.4.6 Responsabilidade político-administrativa da Administração.	237
8.4.7 Legitimidade democrática da Administração.	237
8.4.8 Caráter institucional da Administração.....	238
8.5 Os argumentos de Antônio Francisco de Sousa a favor de um controle judicial profundo.....	238
8.5.1 Especificidade da função precípua do judiciário que é julgar.....	238
8.5.2 A interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados é sempre uma atividade da Administração vinculada ao Direito.....	238
8.5.3 O argumento da falta de preparação técnica é muitas das vezes mais aparente do que real.....	239
8.5.4 A dificuldade de controle não pode ser entendida como uma base de legitimidade para certa liberdade da Administração.	240
8.6 Nossa posição	241
CONCLUSÕES	244
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	249

Introdução

1. Contextualização do tema no Direito Processual

Uma das tendências contemporâneas do Direito Processual Civil é a ampliação dos poderes do juiz, no tocante à possibilidade de atuação mais incisiva na relação processual¹.

Transformou-se o Processo Civil, sendo hoje dominante a ideologia de que o juiz não deve ser um mero espectador do litígio; estamos diante do *juiz ativo*², que alcançou legitimidade para sindicatar até mesmo os atos da Administração Pública que até então a doutrina considerava imunes ao controle judicial.

A intenção do legislador, ao dotar o magistrado contemporâneo de poderes que o Judiciário do Estado liberal não detinha, foi, a nosso ver, propiciar condições para que o Processo possa alcançar a justiça do caso concreto e dentro de um tempo razoável, sem, contudo, desrespeitar os direitos fundamentais consagrados na Constituição, dentre os quais se destaca o direito ao contraditório e à ampla defesa³.

Nesta linha de raciocínio, o incremento do poder do juiz torna crucial o conceito de *jurisdição*, pois é definindo esse poder estatal que poderemos compreender o papel que o Judiciário desempenha na sociedade contemporânea.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 46.

²ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. Vol 1. 10 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 83

³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Porto Alegre: Ajuris. V. 90. p. 57.

Entende-se por jurisdição o poder que o Estado possui para aplicar o direito no caso concreto, com a finalidade de solucionar os conflitos de interesses e assim garantir a ordem jurídica e a autoridade da lei⁴.

Ada Pellegrini Grinover define jurisdição como “uma das funções do Estado mediante a qual esse se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, em parcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolvem, com justiça⁵”.

Verifica-se, portanto, “que a função jurisdicional é de índole substitutiva⁶”, o que se harmoniza perfeitamente com hipótese tratada neste trabalho, dado que nele discutimos, em última análise, a questão das possibilidades e limites da substituição do ato do administrador público por uma decisão judicial.

Modernamente, acata-se a tese de que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos da pessoa, o que significa dizer “aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais, fazendo sempre o resgate dos valores substanciais neles contidos⁷”. Tutelar os direitos, em outros termos, é expressão que adotamos no sentido de aplicar a lei em função de situações concretas, mas tomando-se sempre em conta os direitos fundamentais, de forma a se prestigiar uma visão axiológica do Processo garantidora dos valores humanos presentes no texto constitucional, ou seja, aceitando-se que os valores do sistema jurídico-social devem ser respeitados e concretizados por meio do Processo.

Neste contexto, somente um estudo aprofundado da atuação do Judiciário, os fundamentos e limites de seus poderes poderia contribuir para o avanço do

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva. p.95.

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 1991.p. 115.

⁶ ALVIM, 2006. p. 172.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, vol 1: teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006. p. 138.

conhecimento acerca do processo contemporâneo. São inúmeras as visões e teorias sobre o assunto, bem como enorme a diversidade de objetos que comportariam uma pesquisa sobre o assunto.

2. Nosso objeto

Diante da diversidade de objetos que compõem o tema, delimitamos como objeto da pesquisa que resultou nesta Dissertação os conceitos jurídicos indeterminados e sua relação com o poder discricionário do administrador público. Mais precisamente, o que investigamos foi a possibilidade jurídica do Judiciário realizar o controle do ato administrativo que tenha sido praticado com fundamento em norma que contenha um conceito jurídico indeterminado.

O objetivo principal foi verificar se o preceito normativo que contém um conceito jurídico indeterminado assegura ao agente da Administração Pública um poder discricionário ou um poder vinculado e em que situações é cabível a intervenção do Judiciário.

A importância de se estudar o tema parte da constatação de que na sociedade contemporânea – rotineiramente rotulada de pós-moderna -, marcada pela crescente complexidade de suas relações humanas, sociais e culturais, tornou-se nota de destaque a atuação do Poder Judiciário, no qual a sociedade depositou a esperança de ver concretizados os direitos criados pelo legislador, não apenas os direitos patrimoniais de índole subjetiva e individual, mas principalmente os sociais e econômicos.

Nessa mesma sociedade, a atuação do administrador público não foi reduzida pelo legislador; ao contrário, pois se é verdade que assistimos a uma redução do Estado enquanto agente econômico, também é verdadeiro que o Estado está cada vez mais presente naquelas atividades que dizem respeito à fiscalização da ação dos agentes econômicos, à criação de infra-estrutura e à satisfação dos direitos sociais mais básicos, como alimentação, educação e saúde. Em um ambiente dessa natureza, a sociedade não se contenta em

exigir que o Estado atue; exige-se que ele atue de forma rápida, eficiente e justa⁸.

Pois bem, para tornar possível essa ação qualificada do Estado, é necessário que a sociedade, por meio do legislador, crie e faculte ao agente estatal uso de ferramentas jurídicas eficazes e configure o ordenamento legal de uma forma tal que ao administrador público tenha liberdade suficiente para decidir as situações da vida concreta, dado que a justiça ideal e abstrata não atende aos anseios da sociedade contemporânea.

É a sociedade da concretude, da densificação dos direitos subjetivos no caso concreto⁹.

Em decorrência desse fenômeno, típico das sociedades complexas como a atual, torna-se impossível ao legislador criar normas genéricas e abstratas que prevejam todos os casos específicos das dinâmicas relações sociais.

Nesse quadro social, normas legais criadas por meio da técnica casuística não são em muitos casos adequadas e tendem a engessar o ordenamento, pois a alteração das condições materiais acaba por torná-lo obsoleto dado que é virtualmente impraticável que o Legislativo conceba regras jurídicas na velocidade exigida pela sociedade.

Desse modo, o Poder Legislativo, buscando satisfazer as exigências da sociedade, utiliza-se da técnica legislativa das *cláusulas gerais* e dos *conceitos vagos* – nos quais se incluem os *conceitos jurídicos indeterminados* – para elaborar textos normativos que contenham em sua estrutura *conceitos vagos*, os quais inexoravelmente aumentam os poderes dos juízes.

⁸ Em nossa avaliação pessoal, a ideologia neoliberal do “Estado mínimo” sofreu ataque mortal graças à crise do mercado financeiro mundial ocorrida em outubro de 2008 e deflagrada pela crise de crédito e de credibilidade da economia norte-americana, a qual levou os Estados em todo o mundo a intervirem profundamente na economia, inclusive nacionalizando bancos.

⁹ Essa “busca pela justiça do caso concreto” não afasta a política legislativa de criação de normas abstratas e genéricas; na verdade, trata-se de uma questão de convivência do genérico com o concreto e não de exclusão de um deles.

Podemos observar o emprego desses chamados *conceitos vagos* nos diversos ramos do Direito, em especial no Direito Administrativo, cuja doutrina alcançou historicamente um maior desenvolvimento.

O uso desses conceitos pelo legislador acaba por transformar o juiz em uma espécie de co-autor da norma, pois o Legislativo, no processo de confecção da lei, deixa a critério do intérprete a tarefa de preencher o seu conteúdo, suprimindo seus “campos claros” na resolução do litígio concreto.

No Direito Administrativo o problema surge quando percebemos que essa técnica de legislar por meio de *normas abertas* cria uma grande associação – às vezes confundida com identidade - entre *discricionariedade administrativa* e *conceito jurídico indeterminado*.

Adotamos a definição de discricionariedade administrativa como sendo a prerrogativa que o administrador público recebeu da lei para, em certas situações, eleger, dentre as várias condutas que se apresentam viáveis, aquela que, em seu juízo, é a mais conveniente e oportuna para que se atinja o interesse da coletividade.

Por sua vez, *conceito jurídico indeterminado* a nosso ver constitui uma idéia existente no texto da lei, por decisão consciente e deliberada do legislador, que é representada por meio de uma expressão gramatical que não possui exatidão semântica, cujo conteúdo e extensão são imprecisos.

São clássicos exemplos dessa espécie de conceito rotineiramente presentes nas normas jurídicas: interesse coletivo relevante, bons costumes, interesse público, ordem pública, perigo iminente, boa-fé, casos de urgência, abuso de direito, grave violação dos direitos humanos, ordem pública, função social, atividade de risco.

Em relação a alguns desses, o legislador criou pelo menos parâmetros mínimos para a sua definição, como no caso da *função social da propriedade*

(§2º do art. 184 e art. 186 da Constituição Federal) e do *abuso de direito* (art. 187 do código civil).

A regra, porém, é a total vagueza semântica, predicado que concede fluidez a esse tipo de conceito e faz com que ele tenha que ser definido pelo intérprete em um caso concreto.

3. Nosso propósito principal

Nosso objetivo principal foi realizar uma pesquisa que resultasse na resolução do problema de saber se o conceito jurídico indeterminado se confunde ou não com a discricionariedade administrativa, o que nos permitirá responder se é possível que um ato administrativo amparado em texto legal que contém esse tipo de conceito pode ser declarado inválido pelo Judiciário.

O *termo* ou *conceito juridicamente indeterminado* por ser vago e impreciso enseja diversas interpretações, exigindo do hermeneuta um esforço redobrado para alcançar a melhor delas para a situação concreta posta diante de si e que precisa ser enfrentada.

Impossível, portanto, avançar na discussão sem um estudo da relação da linguagem com o Direito.

CAPÍTULO I

1. A linguagem e sua importância para o pensamento humano

1.1 Os signos

A comunicação por intermédio das palavras constituiu fator primordial para o processo de desenvolvimento da espécie humana: somente essa espécie é capaz de utilizar palavras para expressar seu pensamento, socializando suas idéias¹⁰.

As palavras são vocábulos providos de significação, ou seja, são signos¹¹ lingüísticos que possuem uma função indicativa ou denotativa que quando compreendidas desenvolvem a linguagem.

Como bem destaca Sainz Moreno, não é possível haver pensamento sem as palavras; elas são mais do que um meio de expressão do produto do pensar: de fato, as palavras são aquilo que torna possível o pensamento. Não existe, portanto, pensamento que preceda à linguagem, ou seja, não há uma idéia que seja formulada pelo homem sem recursos às palavras e que a *posteriori* se expresse por meio de palavras; na verdade, são esses signos criados pela espécie humana que tornam possível o pensamento: eles o precedem e permitem que ele exista¹².

¹⁰ GORDILLO, Augustín. *Princípios gerais do direito público*. Trad. De Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora RT, 1977. p. 2.

¹¹ A ciência que estuda os signos denomina-se semiótica. A semiótica pode ser estudada sob três planos: sintaxe, semântica e pragmática. A sintaxe estuda a relação dos signos entre si. A semântica estuda a relação entre os signos com os objetos designados e a pragmática estuda a relação entre os signos e as pessoas que os usam, bem com os seus efeitos.

¹² SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madri: Civitas, 1976. p.29.

Por sua vez, signo, como bem definiu Peirce é “*something which stands to somebody in some respect or capacity*”¹³. Partilhando desse entendimento, Moris acrescentou que “uma coisa é um signo somente por ser interpretada como signo de algo por algum intérprete”¹⁴.

Melhor explicando, os signos só possuem um sentido quando despertam nas pessoas, os destinatários da mensagem, um significado; quando contêm uma mensagem compreensível, quando conseguem “dizer algo” aos seus intérpretes. Por exemplo, uma bandeira branca hasteada no meio de uma batalha deve suscitar em quem a vê uma mensagem específica: aquele hasteou o lábaro está solicitando uma trégua.

Interessante é notar que uma mesma coisa pode ser designada por diversas palavras, pois os nomes que o homem elegeu para designar as coisas (no nosso caso, para representar os *conceitos*) podem ser diferentes, embora os conceitos sejam iguais para todos¹⁵. Um exemplo da possibilidade dessa escolha “arbitrária” da palavra foi retratado por Shakespeare, em *Romeu e Julieta*: “*What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet*”¹⁶.

¹³ PIERCE, Charles Sanders. *Collected papers*. Cambridge, Harvard Un. Press, nº 2.228. Apud: Umberto Eco. *O signo*. Tradução de Maria de Fátima Marinho. Lisboa: Presença, 1997. p. 26. Eco traduziu a definição como “alguma coisa que aos olhos de alguém está por outra coisa a algum respeito ou por alguma sua capacidade” e acrescentou que “a algum respeito” significa que “o signo não representa a totalidade do objeto, mas – por via de abstrações diversas – o representa de um certo ponto de vista ou com o fim de um certo uso prático”.

¹⁴ ECO, Humberto. *Tratado geral de semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 11.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 223.

¹⁶ Em nossa tradução livre: “O que chamamos de rosa poderia cheirar tão doce ainda que chamada por outro nome”. Ou seja, as coisas são o que são e não o nome que damos a elas. Ato II, cena II. JULIET: *’Tis but thy name that is my enemy; Thou art thyself, though not a Montague. What’s Montague? it is nor hand, nor foot, Nor arm, nor face, nor any other part Belonging to a man. O, be some other name! What’s in a name? that which we call a rose By any other name would smell as sweet; So Romeo would, were he not Romeo call’d, Retain that dear perfection which he owes Without that title. Romeo, doff thy name, And for that name which is no part of thee Take all myself.*

A utilização dos signos pelos homens permitiu que fosse constituída uma sociedade organizada, cujos participantes são capazes de se comunicar por meio daqueles. Além disso, o uso dos signos possibilitou a regulamentação das condutas dos membros dessa sociedade e auxiliou o homem a deixar para trás a convivência instintiva de cada indivíduo para que surgisse em seu lugar uma forma socializada de conviver, mais racional e voltada para o desenvolvimento do bem comum.

Esse conjunto social organizado é regido por normas e estas são expressas por meio desses signos especiais que são as palavras, as quais unidas de forma coerente sob a forma de sistema formam a linguagem. Neste contexto, pode-se visualizar a linguagem como sendo um sistema de signos ou sinais convencionais utilizados para identificar coisas, para permitir a comunicação entre as pessoas e para a expressão de idéias, valores e sentimentos^{17 18}.

Graças às palavras, a sociedade passou a se disciplinar por meio da comunicação oral – e posteriormente escrita - e a linguagem transformou-se “no instrumento da lei e da concretização da norma como padrão de conduta exigível de todos os membros da sociedade indistintamente¹⁹”.

¹⁷ GRAU, 2006. p. 223. Sendo a linguagem, assim, um sistema ou conjunto de vocábulos convencionais, os significados das palavras ou expressões lingüísticas dependem sempre de uma convenção.

¹⁸ GÜNTER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 140/142. O que a linguagem parece transmitir é um conjunto de símbolos que respondem a um certo conteúdo, mensuravelmente idêntico na experiência de diferentes indivíduos. Se se pretende que haja comunicação, o símbolo precisa significar a mesma coisa para todos os indivíduos envolvidos. Para que ocorra a linguagem surge um processo social entre ego e alter, o primeiro indivíduo elabora, com a antecipação da reação do segundo indivíduo, uma consciência; conforme o primeiro indivíduo vincula o seu próprio comportamento com a reação antecipada do outro, surge uma forma preliminar de autoconsciência; à proporção que os gestos antecipados podem ser situados sob tipos idênticos, surgem formas preliminares de “significado”.

¹⁹ FIORATI, Jete Jane; FIORATI JÚNIOR, Wilson. *A interpretação da linguagem do regime jurídico administrativo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 136, pp.261-275, 1997.

A linguagem²⁰ tornou-se, portanto, a base primordial para a efetividade da comunicação entre as pessoas, e foi por seu intermédio que se regulamentou a convivência entre os homens.

Reforçando essa idéia, sustenta Carrió que a linguagem é a mais rica e complexa ferramenta de comunicação entre os homens, pois, por meio dela é possível transmitir de forma detalhada as idéias que se pretende expressar²¹.

Nesse sentido, a linguagem é rica, porque busca representar a importância da criatividade, da cultura e do conhecimento de um povo; carrega dentro de si uma variedade de palavras e expressões que representam os objetos e situações experimentadas e vividas por esse povo.

2. A linguagem e o Direito

Para o juiz exercer o seu papel como agente da jurisdição ele deve, evidentemente, aplicar a lei, ou, em dizendo isso em termos mais corretos e contemporâneos, aplicar o Direito.

Para que essa operação se realize o juiz precisa primeiramente extrair o sentido da lei, ou seja, saber o que a lei “diz”, o que somente pode ocorrer após uma atividade intelectual a que se convencionou chamar de *interpretação*.

²⁰ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Antônio Sergio Fabris, 2ª Ed. 1995. p.38. Uma linguagem – segundo Carnap - é um sistema de sons, ou melhor, de hábitos produzidos mediante os órgãos correspondentes, com o propósito de servir de comunicação entre as pessoas, isto é, com o propósito de influir em seus atos, decisões e pensamentos. Em lugar dos sons lingüísticos, acrescenta Carnap, produzem-se às vezes, outros movimentos, tais como gestos e sinais [...].Assim, parece convincente atribuir ao termo linguagem um alcance bastante amplo, para nele incluir todos esses sistemas e meios de comunicação, independentemente do material que utilizam. Grau, 2006. p. 222. “Sa linguagens consubstanciam sistemas ou conjunto de símbolos convencionais”.

²¹ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 17/22.

Permitimo-nos usar a seguinte imagem: a lei (preceitos, disposições, textos) é a embalagem e a norma é o conteúdo embalado. A interpretação consiste, portanto, em decifrar esse conteúdo, ou seja, exige compreensão dos signos lingüísticos (o texto da lei) para que seja revelada a norma jurídica neles contidas.

Rizzatto Nunes salienta que a linguagem e o Direito estão intimamente ligados, posto que é por meio da linguagem escrita e falada que o Direito se transcende²².

Sainz Moreno acrescenta que essa relação é vinculante, essencial e assevera que não existe Direito sem a linguagem, da mesma forma que não existe pensamento fora da linguagem. Trata-se, pois de uma relação mais intensa que a de mera sustentação²³. Vale dizer, a linguagem não é apenas o veículo por meio do qual o Direito é expressado pelo grupo social, mas sim um dos elementos que formam o Direito.

Adotando esse entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que:

O direito é uma *linguagem*, é uma fala que veicula *prescrições*. O que nele se diz é para ser compreendido pela Sociedade, de modo que as pessoas em geral possam conhecer os próprios direitos, atuar na conformidade das leis e evitar as conseqüências de sua eventual transgressão²⁴.

A norma jurídica carrega em sua estrutura os mais variados componentes da linguagem, tais como palavras, expressões e termos que se inter-relacionam - desenvolvendo sua função sintática -, que apontam significados - estabelecendo a sua função semântica - e que são usados por pessoas e para

²² NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo de direito*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 248.

²³ SAINZ MORENO, 1976. p.97.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 29.

pessoas num determinado contexto social - desenvolvendo a sua função pragmática²⁵.

2.1 O uso da linguagem natural pelo legislador

Existem dois tipos de linguagem: a *natural* e a *técnica*²⁶.

Na confecção das leis, o legislador, quase sempre, vale-se de expressões e modos da chamada *linguagem natural*, ou seja, aquela utilizada por todos no seu dia a dia. O objetivo é introduzir na sociedade regras de condutas que sejam compreendidas facilmente por todos os destinatários das normas criadas.

Assim, é estratégico que as leis sejam expressas por meio de signos intelegíveis, de fácil compreensão pelos destinatários da norma jurídica. Necessário, portanto, que os signos (as palavras do texto da lei) tenham relação direta com o mundo e o cotidiano daqueles de quem se busca o cumprimento da norma, afinal, não é possível obedecer sem antes compreender o comando.

A linguagem natural utilizada na elaboração da norma também tem o condão de reduzir ao máximo os “ruídos na comunicação do Direito”, facilitando a compreensão do sentido da norma para que seja acessível ao maior número possível de pessoas. Esse entendimento do que “diz” a lei serve para gerar segurança e ordem na comunidade, uma vez que os destinatários da lei serão

²⁵ WARAT, 1995. p. 39. O signo, assim caracterizado, pode ser estudado sob três pontos de vista, atendendo ao fato de que pode ser considerado como elemento que mantém três tipos de vinculações: com os outros signos, com os objetos que designa, com os homens que o usam. A primeira vinculação é chamada sintaxe; a segunda semântica; a terceira, pragmática. Estes três níveis de análises constituem as partes da semiótica, entendida como teoria geral de todos os signos e sistemas de comunicação.

²⁶ Para Paulo de Barros, no Neopositivismo Lógico existem 3 tipos de linguagem: a linguagem natural ou ordinária, a linguagem técnica e a linguagem formalizada. CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e linguagem – Signos lingüísticos*. Apostila.

capazes de a compreender e de seguir seus comandos, o que atende em última análise à sua finalidade que é a obediência ao disposto na norma que aquele texto trouxe ao mundo.

Outra constatação que justifica o uso da *linguagem natural* na elaboração da norma se refere ao perfil dos parlamentares que compõem as casas legislativas. É que sendo representantes de pessoas de diferentes culturas, raças, religiões, profissões e qualificação técnica, são eles obrigados, para exercer o ofício de formulador de normas, a lançar mão de palavras de uso comum do povo para fazerem compreendidos seus projetos de lei e assim serem aprovados e, quando transformados em leis, serem compreendidos e respeitados pela sociedade.

É nesse sentido que Sainz Moreno assegura que não existe *linguagem jurídica* e sim um “uso jurídico da linguagem ordinária²⁷”.

Por seu turno, Carrió defende que, como as regras jurídicas devem ser compreendidas pelo maior número possível de homens, estaria justificado o uso da linguagem natural na elaboração da norma, pois, do contrário a função social do Direito estaria seriamente prejudicada; com efeito, se as normas fossem formuladas sempre em uma *linguagem técnica*, somente um grupo muito pequeno de pessoas instruídas poderia compreendê-la²⁸.

Diante desse quadro, pode-se dizer que o Direito é uma espécie de *técnica de controle social*, pois as suas normas autorizam, dirigem, orientam, proíbem, permitem, julgam, tornam obrigatórias certas ações humanas, procurando estabelecer padrões de comportamento que são impostos mediante a utilização de palavras que possuem as características próprias da linguagem natural. Assim, não faria sentido utilizar palavras de difícil compreensão ou

²⁷ SAINZ MORENO, 1976. p.101.

²⁸ CARRIÓ, 1990, p. 49.

conhecidas apenas um seletor e determinado grupo de pessoas, uma vez que o objetivo maior da norma é ser entendida por todos, pois a compreensão precede o cumprimento, que é o objetivo final²⁹.

Neste contexto é que o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro estabelece que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, norma esta que parte do pressuposto de que a linguagem natural utilizada na norma leva à intelegibilidade da linguagem jurídica, ou seja, a norma jurídica deverá ser compreendida por todos aqueles a quem obriga, não só pelos especialistas em aplicá-la, mas por todos os cidadãos que dela se servem.

2.2 A linguagem como convenção

Eros Roberto Grau, apoiado em Carrió, observa que não seria possível a utilização da linguagem se não existissem as convenções acerca dos rótulos que se colocam nas coisas, ou seja, para se obter o significado dos vocábulos e das expressões lingüísticas torna-se necessário estabelecer previamente uma convenção prévia em relação às palavras³⁰. A linguagem, portanto, é uma convenção acerca dos signos. Quanto mais clareza, maior a possibilidade da compreensão.

Neste sentido, se a linguagem natural se traduz no uso convencional ou comum das palavras, diferentemente a linguagem científica sempre opta por se aproximar ao máximo dos termos precisos em suas definições. Mas, a linguagem científica do Direito não consegue atingir uma precisão absoluta em suas definições, salvo se for construída uma linguagem nova e totalmente artificial, como foi feito nas ciências exatas.

²⁹ Não é raro encontrar no meio empresarial e na imprensa críticas às normas de Direito Tributário, por exemplo, que além de serem incontáveis possuem termos e palavras extremamente técnicas, tornando muito difícil a sua interpretação, e conseqüentemente o seu cumprimento, sem o auxílio de advogados e contadores ou mesmo economistas.

³⁰ GRAU, 2006. p. 225.

Como já foi descrito anteriormente, o Direito utiliza a linguagem ordinária, ou natural para estabelecer suas normas. Esse fenômeno social acaba por gerar uma linguagem que gera zonas de penumbra que é, atual ou potencialmente, vaga e ambígua.

Para Carrió, a linguagem do Direito é uma linguagem natural, diferente da linguagem formal, em que os termos apresentam total precisão, sendo rigorosamente inequívocos³¹. Desse modo, é natural que na linguagem jurídica existam alguns (ou muitos) termos vagos, ambíguos e imprecisos, vocábulos “camaleão”, na imagem lembrada por Eros Roberto Grau:

Tanto quanto a linguagem natural, portanto, a linguagem jurídica – que naquela vai se nutrir - apresenta uma textura aberta, nela proliferando o que Hohfeld refere como palavras “camaleão”, que constituem um perigo para o pensamento claro como para a expressão lúcida³².

Carrió assinala que há situações duvidosas, em que persistiriam as dúvidas de interpretação. Conclui afirmando que sua posição não introduz nenhum ceticismo por aceitar uma “zona de penumbra” ao redor das normas gerais, pois não desconhece a importância das regras jurídicas em qualquer sociedade. Esclarece que tal posição não pode ser estabelecida em forma definida, precisando-se, de forma límpida, os limites entre as situações concretas, claras e as duvidosas, já que o estabelecimento desses limites depende da noção de “zona de penumbra”, que é vaga.

Contraopondo-se à posição adotada por Carrió, o jurista Soler sustenta que se a linguagem comum fosse tão deficiente, também o seriam o pensamento e a ação comuns. Além disso, apenas o fato de uma expressão comum ser

³¹ CARRIÓ, 1990, p. 13.

³² GRAU, 2006. p. 224.

inserida em uma norma já é suficiente para atribuir-lhe um sentido técnico e, portanto, a precisão³³.

Nesse contexto, Soler indica cinco fatores da transformação que se opera nas palavras quando estas, passando a integrar uma lei, deixam de pertencer à linguagem comum e passam a construir uma linguagem técnica: *operatividade*, em que as expressões passam a ter sentido unívoco ao serem integradas em uma lei, tais como a prescrição de condutas; *definição*, em que a incorporação de um termo na lei é um ato de definição orientadora de sua significação, integrando o ordenamento jurídico; *quantificação*, que traduz o procedimento típico do Direito; *tipificação*, que designa a construção de esquemas abstratos que contenham elementos fundamentais dos fatos a serem abrangidos; a *constituição* quando a lei cria a sua própria terminologia.

Observa-se, portanto, que o tema sempre ensejou polêmica, destacando-se essa que se travou entre Genaro Carrió e Sebastián Soler para a elucidação da problemática. Com as discussões, houve um enriquecimento do assunto, sendo inegável a contribuição de ambos ao estudo dos conceitos indeterminados no Direito³⁴.

Sem deixar de observar a posição de Soler, entendo que a razão está com Carrió.

Com efeito, não assiste razão a Soler quando propõe que a inserção de um conceito vago na lei dará a ela um sentido unívoco, pois nem sempre isto ocorrerá. Pode-se até admitir que a linguagem jurídica seja mais precisa que a comum, embora sem alcançar, como pretende Soler, a precisão da linguagem das ciências exatas.

³³ SOLER, Sebastián. *Las palabras de la ley*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969. p. 170/171. Apud: CARRIÓ, 1990, p. 143/148.

³⁴: CARRIÓ, 1990, p. 13/66.

2.3 Dificuldades para compreensão dos signos

Carrió sustenta que as linguagens consubstanciam sistemas ou conjuntos de símbolos, o que importa dizer que não há nenhuma relação necessária entre palavras, de um lado, e os objetos, circunstâncias, fatos ou acontecimentos, de outro, em relação aos quais as palavras cumprem várias funções³⁵.

Por sua vez, Karl Larenz observa que a linguagem jurídica deve ser considerada como um “jogo de linguagem”, no sentido que essa expressão atribuiu Wittgenstein. O papel das palavras neste “jogo” não é captável mediante uma definição, visto que, ao defini-las, estaremos a nos remeter ao seu significado em um outro “jogo de linguagem”.

Nestas condições, seu papel só poderá ser desvendado na medida em que passemos a participar do mesmo jogo. Desta participação no jogo decorre a possibilidade de compreendermos a linguagem jurídica – tarefa que é instrumentada pela Dogmática – o que importa, segundo Larenz, em que, de fato, as palavras e expressões jurídicas ganhem, na linguagem jurídica, sentidos mais precisos do que aquelas que têm na linguagem usual³⁶.

Afirmar que as palavras e expressões jurídicas são, em regra, ambíguas e imprecisas não quer dizer, porém, que elas não tenham significação determinável. Se não fosse assim, as palavras – nota Celso Antônio Bandeira de Mello - “seriam meros ruídos sem qualquer conteúdo. Não seriam signos, é dizer, significantes, e a comunicação humana se tornaria impossível³⁷”.

³⁵ CARRIÓ, 1990, p. 91.

³⁶ LARENZ, Karl. *Methodenlehre der rechtswissenschaft*. Berlim: Springer-Verlag, 1983, 5ª ed. p.83. apud: GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p.60.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. In: RDP 57-48, p. 245.

Vê-se, portanto, que a linguagem natural é uma linguagem de textura aberta que comporta palavras e expressões de significados vagos e ambíguos, características que não significam uma desvantagem para o legislador; ao contrário, o Direito serve-se dessa linguagem natural marcada pelo alto teor de abstração para atingir suas finalidades de nortear e disciplinar condutas sociais.

É que como as leis devem ser adequadas à realidade dos homens, e esta nem sempre é única e igual e nem perene, existe a necessidade de redefini-la a todo momento, tarefa que cabe ao intérprete, uma vez que o legislador não possui condições de alterar diariamente o texto legal.

Neste sentido, uma norma que contenha, por exemplo, a expressão “reputação ilibada” perdurará por muitas décadas sendo útil sem que seja necessária uma alteração no seu texto, pois se é certo que o conceito de reputação ilibada se modifica ao longo do tempo, é também seguro asseverar que o intérprete poderá, no procedimento de aplicação dessa norma a um fato concreto, decidir a questão com os valores sociais do momento da decisão da causa, sem ser acusado de julgar contra a lei, mesmo que tenha ela sido editada em uma época em que o conceito de reputação ilibada era muito diferente daquele em vigor no momento de sua decisão.

Tanto o art. 56 da Constituição de 1891 quanto o art. 101 da Carta atual exigem que o candidato a ministro do Supremo Tribunal Federal tenha “reputação”, mas seguramente o significado do que seja essa virtude não é hoje igual àquele do Brasil de fins do Século XIX. Assim, mantém-se a palavra, mas o conceito varia.

Nem sempre a linguagem natural se mostra de fácil compreensão quando utilizada na norma jurídica, seja porque as palavras empregadas nas normas tomaram outra definição para a sociedade criando um sentido técnico para os juristas e um significado distinto e mais vago para os leigos, seja porque as

palavras adotadas nas leis foram abandonadas pelos leigos, ou seja, porque as elas possuem alto teor de abstração³⁸.

2.3.1 A Vagueza e a ambigüidade das palavras

Quando a redação da lei é dotada de termos de difícil concreção, altamente abstratos, surgem os problemas da ambigüidade, incerteza e vagueza, que acabam por frustrar a comunicação³⁹. De fato, também o Direito tem a necessidade de redefinição de seus conceitos e significados, haja vista, que a lei se expressa na mesma linguagem da realidade cotidiana, e esta linguagem compõe-se de palavras que carecem de um significado unívoco⁴⁰.

Sainz Moreno sustenta que o caráter específico da linguagem jurídica consiste em que o significado dos termos que utiliza, procedentes em sua maior parte da linguagem ordinária, sofre por sua incorporação um vocabulário jurídico uma certa mutação em seu significado originário. Ele atribui tal mutação a duas causas: (1) sua reiterada utilização em raciocínios jurídicos, pelo número e maneira como os demais conceitos que com ele coexistem cobrem o campo de referências e, às vezes, pelas características da relação intersubjetiva em que opera, (2) em certas ocasiões, pela delimitação do significado de alguns termos – definição legal – pelo texto que os utiliza ou por outro que guarda com ele uma relação de sistema⁴¹.

Segundo Genaro Carrió, as palavras têm dupla função: “denotam o conjunto de objetos e conotam as características e propriedades destes mesmos objetos⁴²”.

³⁸ Tais como as expressões idoneidade, aptidão, ordem e segurança pública, interesse público, conduta ilibada.

³⁹ CARRIÓ, 1990, p. 28.

⁴⁰ FIORATI, 1997, p.264.

⁴¹ SAINZ MORENO, 1976. p.102.

⁴² CARRIÓ, 1990, p. 27/28.

Assim, compreende o autor que as palavras são conotadas porque seu significado é auferido em função do contexto lingüístico e da situação humana a que se aplicam, uma vez que as palavras muitas vezes possuem usos emotivos ou metafóricos. E são denotadas quando se tem dúvida por imprecisão de uso da mesma, uma vez que ela pode designar genericamente fenômenos qualitativos e continuativos. Nesse sentido, acentua-se ainda Carrió que “todas as palavras da lei são potencialmente vagas ou ambíguas⁴³”.

A vulnerabilidade da linguagem jurídica, no que se refere a vaguidade das palavras, não se encontra localizada na falta de informação acerca do objeto, mas na dificuldade em descobrir onde começa e onde termina o campo de aplicação do termo, como por exemplo, na hipótese de termos como “jovem”, “adulto”, “ancião”, “homem de idade madura”, “alto”, “baixo”, “calvo”.⁴⁴

Carrió define a vaguidade da seguinte forma:

Já sabemos o quer dizer “jovem” ou “calvo”. Não se trata aqui de um problema de ambigüidade. O problema é este outro: carece de sentido perguntar-se a que precisa idade se deixa de ser jovem, ou quantos cabelos há de ter para não ser calvo, ou quanto há que medir para ser alto. Tudo quanto podemos dizer e que há casos centrais ou típicos, frente aos quais nada valeria em aplicar a palavra, e casos claros de exclusão em relação aos quais nada duvidarias em não usá-la. Mas no meio há uma zona mais ou menos estendida de casos possíveis frente aos quais, quando se apresentam, não sabemos o que fazer⁴⁵.

⁴³ Ibid, p. 36.

⁴⁴ SOUSA, Antônio Francisco de. Conceitos indeterminados no Direito Administrativo. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 17. O legislador do Estado de Direito democrático não pode, não quer e, por vezes, não deve regulamentar através de normas gerais e abstratas a atividade pública até ao mais ínfimo pormenor. Por outro lado, em maior ou menor medida, mais ou menos deliberadamente, o legislador recorre cada vez mais, na sua técnica legislativa de previsão das situações a regulamentar, a conceitos de interpretação difícil e aplicação ainda mais complexa, tais como idoneidade, aptidão.

⁴⁵ CARRIÓ, 1990, p. 31.

Quanto à ambigüidade da norma, explica Carrió que:

Não é certo que todas as palavras são usadas, em todos os contextos, para conotar as mesmas propriedades. Se um de meus filhos me pergunta: “Que quer dizer rádio?”, não tenho mais remédio senão contestar com outra pergunta: “Em que frase ou oração?” Porque em algumas significará algo assim com “aparelho elétrico que serve para escutar música e notícias”, em outras, “metal descoberto pelo casal Curie” em outras a metade do diâmetro; em outras, coisas tão pouco precisas como as que indicamos ao falar do raio de ação de certa influência política, o do raio do centro da cidade⁴⁶.

Diante desses esclarecimentos, podemos observar que por mais que os legisladores se esforcem para reduzir, ou até mesmo, excluir dos textos normativos a imprecisão, sempre restará uma porção de normas jurídicas sujeitas à referida deformidade. Existirá sempre um conjunto de casos duvidosos, uma zona de penumbra, de imprecisão quanto ao significado, alcance e sentido de determinadas expressões lingüísticas⁴⁷.

Em resumo, a ambigüidade e a vaguidade não são necessariamente defeitos da redação da norma, mas características dos próprios termos lingüísticos.

É neste contexto que verificamos a necessidade de um saber especial, de um conhecimento técnico específico que auxiliaria o intérprete a compreender o sentido e o alcance da redação escolhida pelo legislador. Essa ferramenta que permite a compreensão dos termos e dos conceitos contidos na lei é a Ciência do Direito.

Assim, se adotamos a tese de que a linguagem dos legisladores no direito positivo é prescritiva e carregada de ambigüidade e vaguidade, surge a necessidade dessa Ciência do Direito, pois, ela é um instrumento para explicar o direito posto.

⁴⁶ Ibid, p. 28/29.

⁴⁷ Existem algumas palavras que em diversos contextos possuem significados diferentes.

Sucedee que esse conhecimento científico especial se expressa por meio de palavras, de conceitos, de termos, enfim, de signos, de tal sorte que pode ser definido como um discurso sobre as normas legais, ou seja, *um discurso sobre o discurso*.

Seguindo esse raciocínio, podemos afirmar que o Direito comporta dois sistemas, ou dois níveis de linguagem: um *prescritivo* utilizado pelo legislador para criar o direito positivo, e um *descritivo*, ou seja, a metalinguagem utilizada pela Ciência do Direito, utilizado pelos juristas.

Para Luis Alberto Warat :

A linguagem técnica ou de estrutura especializada é empregada para a construção de linguagens especializadas, que requerem precisão lógica, economia expressiva e formulação de enunciados que possam ser aceitos como proposições, são, ainda, linguagens nas quais o sistema de evocações ideológicas e cargas emotivas fica excluído. Estamos frente a uma linguagem com uma clara pretensão epistêmica, concretizada através de uma abstrata tentativa de expurgar, no plano da linguagem, os componentes políticos, as representações ideológicas e as incertezas comunicacionais da linguagem natural⁴⁸.

Nessa mesma linha, Paulo de Barros Carvalho nos ensina que:

Muita diferença existe entre a realidade do direito positivo e da Ciência do Direito. São dois mundos que não se confundem, apresentados peculiaridades tais que nos levam a uma consideração própria e exclusiva. São dois corpos de linguagem, dois discursos lingüísticos, cada qual portador de um tipo de organização lógica e de função semântica e pragmática diversas. (...) o direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país. À Ciência do Direito cabe descrever esse enredo normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia, exibindo as formas lógicas que governam o entrelaçamento das válidas unidades do sistema e oferecendo seus conteúdos de significado⁴⁹.

⁴⁸ WARAT, 1995. p. 52/53.

⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva. 1999. p 1/2.

Desta forma, o direito positivo, ao regular a conduta humana o faz utilizando-se da linguagem prescritiva, ou seja, aquele que possui “termos não precisos”, justamente por ter sido na maioria dos casos, elaborados por atores sociais não conhecedores da Ciência do Direito.

Por sua vez, no universo da Ciência do Direito, o intérprete das normas se utiliza de uma linguagem técnica, esvaziada de qualquer ambigüidade e vagüidade, com o intuito de interpretá-las e descrevê-las com a precisão e o rigor característicos do estudo científico.

3 As coisas, seu conceito e sua definição

Para melhor entendermos em que consistem os conceitos jurídicos indeterminados e seu controle judicial, devemos primeiro definir o que é *conceito*.

Germana de Oliveira Moraes entende que o conceito deve ser visto “no sentido de pensamento exteriorizado em palavras isoladas ou em conjunto. Faz-se referência aos termos palavras e expressão, para designar o signo lingüístico, composto, respectivamente, de palavra isolada ou de palavras reunidas⁵⁰.”

O conceito é a idéia, a concepção que temos de determinado ser, de determinada coisa material ou abstrata.

Para José Lorca Navarrete, o conceito é o resultado de uma operação intelectual chamada concepção, e é necessário lembrar que “concebemos

⁵⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 56.

alguma coisa de modo diverso que o outro”. Essa idéia traduz a concepção aristotélica do conceito como *simplex apprehensio essentiae rei*⁵¹.

A *simplex apprehensio rei* compreende o conceito no seu sentido amplo, ou seja, embarca a representação sensitiva ou a imagem do objeto conceituado, ao passo que a *simplex apprehensio essentiae rei* determina o conceito no seu sentido estrito, extraindo mentalmente o objeto de sua aparência individual, obtendo assim um conceito abstrato⁵².

O conceito é o significado do termo, ao qual corresponde ao seu signo lingüístico. Dessa forma, “o conceito expressado no seu termo, é coisa (signo) que representa outra coisa (seu objeto)⁵³”.

Abbagnano afirma que, em geral, todo o processo que torna possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis constitui um conceito. Embora o conceito seja normalmente indicado por um nome, ele não é o nome, já que diferentes nomes podem exprimir o mesmo conceito ou diferentes conceitos podem ser indicados, por equívoco, pelo mesmo nome. O autor sustenta, ainda, que a função primeira e fundamental do conceito é a mesma da linguagem, isto é, a comunicação⁵⁴.

No transcorrer da história da filosofia podemos observar duas correntes acerca da definição de conceito: *uma* em que o conceito é a essência das coisas, ou seja, é a essência necessária das coisas, em razão da qual elas não podem

⁵¹ NAVARRETE, José Lorca. *Entre la antología jurídica y la axiología jurídica: de la elaboración y aplicación del derecho*. Temas de teoría y filosofía del derecho. Madrid: Paramide, 1994, p.

²³⁶. Apud in: MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 56.

⁵² GRAU, 2006. p. 227.

⁵³ Ibid, p. 227.

⁵⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 151.

existir de modo diverso daquilo que são; a *outra*, que se refere ao conceito como um signo⁵⁵.

A idéia de conceito como essência nasceu no período clássico da filosofia grega, época em que o conceito era visto como aquele que se subtrai à diversidade e à mudança dos pontos de vista ou opiniões, ou seja, a característica do conceito era a capacidade de não sofrer modificação.

Nos primórdios da filosofia grega, o conceito apareceu como o termo conclusivo de uma procura, que prescinde, na medida do possível, da multiplicidade das aparências, para mirar aquilo que o objeto é realmente, isto é, a sua essência ou substância. Segundo Aristóteles, o conceito é idêntico à substância, que é a estrutura necessária do ser, aquilo pelo qual todo ser não pode ser diferente do que é⁵⁶.

Séculos mais tarde Hegel afirmaria que o verdadeiro conceito é aquele único capaz de retratar a realidade, justamente porque ele mesmo a assume. Toda a realidade que não seja a realidade assumida pelo próprio conceito é de existência passageira, contingência exterior, opinião, aparência superficial, erro, ilusão⁵⁷.

A concepção clássica aristotélica e a visão hegeliana da razão e do real possuem a mesma teoria de conceito, pois, para ambas, o conceito é a essência necessária da realidade fazendo que ela não possa ser diferente do que é⁵⁸.

⁵⁵ Ibid, p. 151.

⁵⁶ ARISTÓTELES. *Organon*. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães, 1985. v.1. p. 43/60.

⁵⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.1.

⁵⁸ ABBAGNANO, 1970. p. 153.

Como observou Hospers, as palavras são rótulos que se colocam nas coisas para que se possa falar delas e com isso as palavras não têm mais nenhuma relação com as coisas se comparado com a sua relação que tem com o rótulo de garrafas com as próprias garrafas. Hospers afirma que

Qualquer rótulo é conveniente na medida em que nos ponhamos de acordo com ele e o usemos de maneira conseqüente. A garrafa conterá exatamente a mesma substância, ainda que coloquemos nela um rótulo distinto, assim como a coisa seria a mesma ainda que usássemos uma palavra diferente para designá-la⁵⁹.

Seja o conceito a própria essência ou substância do objeto, seja ele signo identificador do objeto, o que realmente importa é observar que os homens somente se comunicam ou se entendem por meio de palavras as quais foram convencionadas por meio de signos que possuem uma significação; vale dizer, continuamente os homens se servem de conceitos que na linguagem comum são vagos e ambíguos, mas que dentro de um contexto se tornam precisos e definidos.

Veremos como essa questão se encontra inserida no universo da norma jurídica.

⁵⁹ HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. Bueno Aires, t. I, Cap. I, p.22. Apud GORDILLO, Augustin. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p.2.

CAPÍTULO II

2. As normas jurídicas vagas

2.1 Estrutura da norma jurídica e técnica legislativa

Das várias visões possíveis acerca dos elementos estruturais da norma jurídica, desde logo advertimos que adotamos como referencial teórico para estudo da estrutura da norma jurídica a doutrina de Francisco Amaral.

Segundo esse jurista, a norma jurídica é formada por dois elementos: a *condição de aplicação* ou *hipótese de fato*, também conhecida por *fattispecie* (Itália) e *tatbestand* (Alemanha) e *operative facts* (Inglaterra) que significa a previsão de ocorrência de um fato hipotético previsto na norma. O segundo elemento é o *dispositivo* ou *preceito* (*disposizione* na Itália ou *rechtsfolg* na Alemanha), ou seja, é a consequência jurídica, aquilo que deve acontecer se for verificada a ocorrência da hipótese prevista.⁶⁰

Essa estrutura é representada por uma conhecida fórmula: *Se A, deve ser B*, ou seja, se ocorrer o fato A, deverá se dar o efeito B.

No que se refere às formas de confecção da redação da lei, podemos afirmar que *método casuístico* é aquela técnica usada pelo legislador ao elaborar a norma e que consiste no detalhamento de todas as consequências que a ocorrência da hipótese de fato (primeiro elemento da norma, conforme vimos acima) deflagra. Vale dizer, se ocorrer A, a consequência deverá ser uma daquelas listadas pelo legislador na própria norma⁶¹.

No Direito Administrativo o *método casuístico de legislar* está presente, por exemplo, na Lei de Licitações (Lei nº. 8.666/93) quando o seu art. 24 prescreve

⁶⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 64.

⁶¹ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de Batista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.208-209.

as hipóteses de dispensa de licitação, e no art. 55 quando estipula quais as cláusulas que o contrato administrativo deve conter. Observe-se que nestes dispositivos o legislador optou por listar as hipóteses que considerou merecerem constar da norma.

Entretanto, esta não é a única forma de se redigir as leis, havendo também um método não-casuístico. Um exemplo marcante do método não-casuístico na redação de uma norma se encontra no art. 3º da Lei de Licitações, que proíbe a inserção de “cláusulas que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação”. Note-se que neste dispositivo o legislador decidiu não descrever todas as cláusulas contratuais que considera serem inválidas, transferindo para o aplicador da lei a tarefa de identificá-las.

Também os artigos 186 e 187 do código civil, aplicáveis ao Direito Administrativo, não revelam a adoção do método casuístico porque ali o legislador não estabeleceu expressamente quais seriam os atos jurídicos que ensejariam a obrigação de indenizar, ou seja, não há um rol prévio e exaustivo de ações sobre os quais a norma deve incidir.

Fixado o entendimento de que existem essas duas técnicas de elaboração da norma legal, percebemos que pelo método não-casuístico cria-se uma vagueza semântica proposital na redação do texto. Esta falta de precisão e este contorno aberto se acham presentes também em uma outra categoria relacionada à confecção de leis: o conceito jurídico indeterminado.

Adotando-se essa linha de pensamento, a norma vaga seria o *gênero* que possuiria duas espécies: a *cláusula geral* (técnica não-casuística) e o *conceito jurídico indeterminado*.⁶²

⁶² MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: notas iniciais à leitura do novo código civil. In: ARRUDA ALVIM & ALVIM Thereza (Coord.), *Comentários ao novo código civil brasileiro*, parte geral, vol 1, Rio de Janeiro: Forense: 2005, p. LXXXII.

Veremos a partir de agora que enquanto os conceitos jurídicos indeterminados se manifestam em geral na *hipótese de fato*, as cláusulas gerais estão presentes em sua maioria no *dispositivo*.

2.2 As cláusulas gerais

A respeito das cláusulas gerais parece verdadeiro afirmar que são preceitos jurídicos vazios ou incompletos que, graças à sua generalidade e abstração, podem abranger um mais vasto grupo de situações, de modo lacunar e com possibilidade de ajustamento a uma consequência jurídica⁶³.

Observa-se a presença de uma cláusula geral no art. 101 do estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.089/90) quando o legislador estabeleceu que quando os direitos da criança e do adolescente forem ameaçados ou violados, o juiz poderá determinar aquelas medidas listadas nos incisos do artigo, “*dentre outras*”. Reescrevendo-se essa norma com observância da fórmula “*Se A, deve ser B*”, portanto, temos o seguinte:

Se os direitos do menor forem ameaçados ou violados, deverão ser adotadas pelo juiz as medidas que esse julgar adequadas.

Esse dispositivo contém, então, uma cláusula geral, que é uma norma jurídica em cuja estrutura o elemento prescritivo da norma, o chamado *preceito* ou *dispositivo*, é muito amplo, ou até mesmo indeterminado, com uma formulação em termos de grande generalidade, levando com que o direito do caso concreto decorra não apenas da subsunção, mas também do recurso aos valores do sistema e da sociedade, por meio da decisão do intérprete.

Podemos afirmar que as cláusulas gerais se distinguem dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia. Isso porque aqueles, uma vez

⁶³ AMARAL, Francisco. *A equidade no código civil brasileiro*. Revista CEJ, n. 24, 2004, p. 17.

diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm uma solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar a referida solução⁶⁴.

As cláusulas gerais, ao contrário, permitem ao intérprete preencher os “espaços em branco” com valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta no que se refere ao elemento *dispositivo* ou *preceito*.

Essa é a lição de Marcelo da Rocha Rosado⁶⁵ e Rodrigo Reis Mazzei; aliás, este último ensina que embora as duas figuras possuam como ponto comum a vagueza legislativa intencional, a cláusula geral exige do intérprete mais esforço intelectual, pois além de preencher o vácuo que corresponde a um conceito jurídico indeterminado ou a um princípio, deverá determinar a consequência jurídica correspondente ao preenchimento que fez. Por seu turno, para Mazzei, diante do conceito jurídico indeterminado o trabalho do aplicador é menor, pois terá apenas que preencher o espaço em branco (o conceito propriamente dito), pois a consequência já está previamente estipulada no dispositivo legal.⁶⁶

Além do exemplo acima citado, outros dessa técnica se encontram no art. 186 do código civil, que não define uma lista de atos considerados ilícitos; no art. 948, que fala em “outras reparações”; no 1.638, III, que fala em “atos contrários à moral e aos bons costumes”; no 1.573, VI, que menciona “conduta desonrosa”; no 1.574, parágrafo único, ao falar em “suficientemente os interesses” e no art. 422 que menciona boa-fé e probidade sem definir quais seriam os comportamentos probos e corretos.

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p.142.

⁶⁵ ROSADO, Marcelo da Rocha. *Aspectos relevantes da usucapião e da expropriação privada*. In: MAZZEI, Rodrigo Reis, *Questões processuais no novo código civil*. Barueri: Manole/Instituto Capixaba de Estudos, 2004.

⁶⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: notas iniciais à leitura do novo código civil. In: ARRUDA ALVIM & ALVIM Thereza (Coord.), *Comentários ao novo código civil brasileiro*, parte geral, vol 1, Rio de Janeiro: Forense: 2005, p. LXXXII.

Dessa forma, a peculiaridade mais importante da cláusula geral é que se seu conteúdo é relativo e ela é expressa pelo legislador como uma definição ampla e flexível. Ela não vem pronta e acabada do parlamento e por isso recebe o seu sentido e seu conteúdo da realidade social e cultural inerentes à comunidade onde devem ser aplicadas.

A razão de ser da presença de cláusulas gerais no ordenamento é um desejo de mudança que os juristas têm em relação à Ciência do Direito. Essa mudança seria ultrapassar as visões e doutrinas puramente formalistas e fundadas na idéia de sistema para reconhecer a existência de um direito como sistema aberto e flexível, em que ao intérprete e ao juiz sejam concedidos poderes mais amplos, o que é possível quando a norma é criada sob a forma de princípios, de conceitos legais indeterminados e de cláusulas gerais.

Judith Martins-Costa ensina que a cláusula geral

Constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico. Essa disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas.⁶⁷

A mesma autora reproduz a lição de Karl Larenz para quem

As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, que é autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz⁶⁸.

Esse “mandato” conferido ao juiz significa a imposição de um reenvio do operador a critérios não definidos no enunciado da cláusula geral para que ocorra a complementação de seu significado; reenvio esse determinado pela

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção*. Revista de informação legislativa do Senado Federal. n. 139, jul-set, Brasília: Senado Federal, 1998, p. 28.

⁶⁸ Ibid, p. 28.

própria norma, ao contrário do que estaria descrito em regra do tipo casuístico⁶⁹.

2.2.1 Vantagens e desvantagens da cláusula geral

A técnica da cláusula geral possui vantagens e desvantagens. A vantagem se encontra intimamente ligada à *função* da cláusula geral, pois ela permite a atenuação das normas de caráter casuístico, que sempre são muito rígidas, e com isso as cláusulas gerais garantem uma maior mobilidade ao sistema, fazendo com que ele esteja sempre atualizado. Com isso se prolonga a aplicabilidade dos institutos jurídicos e por conseqüência se evita o engessamento da lei.

Existem, porém, problemas na utilização por parte do legislador de cláusulas gerais: é que elas estão diretamente ligadas ao chamado modelo aberto do sistema, que confere certo grau de incerteza e insegurança à comunidade que ele pretende regular; é que ao interpretar a cláusula geral o juiz pode criar a norma, e isso se dá de acordo com os seus valores subjetivos, podendo servir de pretexto para o recrudescimento de idéias totalitárias e de instrumento de dominação, seja por regimes totalitários, seja pela economia capitalista.

Recebem os juízes poderes próximos do poder de discricionariedade do administrador público, o que lembra um pouco o mundo absolutista no qual os senhores feudais, ao aplicarem o direito, não estavam sujeitos a nenhuma regra pré-estabelecida, sendo possível qualquer solução no caso concreto.

Esse “decisionismo” judicial causa certa preocupação, que se agrava em especial numa sociedade de Judiciário juvenizado e pleno de bacharéis que fazem da magistratura antes um emprego tranqüilo, estável, e bem remunerado, do que a concretização de uma vocação, onde milita uma advocacia sofrida e de pouca fundamentação teórica, fruto de um ensino deficiente no aspecto filosófico, teórico, humanista e de nível técnico sofrível,

⁶⁹ GODOY, Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105.

que em geral não possuem condições teóricas de se opor às decisões judiciais subjetivas, ocasionando vícios no sistema que possuem alto poder lesivo à segurança jurídica⁷⁰.

No que concerne à economia, as cláusulas gerais geram certa instabilidade no mercado, pois os juízes podem julgar como bem entendem as relações jurídicas patrimoniais ocasionando uma ordem jurídica instável, não podendo se assegurar se os contratos firmados serão cumpridos.

Ora, segundo as regras de mercado, essa situação afeta diretamente a economia, que em consequência tem suas taxas de risco elevadas.

Essa elevação seria uma medida preventiva da qual os bancos se valem para se proteger da incerteza gerada por sentenças judiciais que tornariam jurídicos o inadimplemento e a revisão contratual, a partir de uma concepção de justiça pessoal do magistrado. Ao fim das contas, essa aplicação da “justiça social” acabaria por excluir do mercado a população que possuem menos condições financeiras, que não tem acesso a financiamentos, visto que a taxa de risco embutida nos juros do empréstimo é elevada e os bancos exigem garantias que os mais desfavorecidos não podem prestar⁷¹.

No que se refere à definição que expusemos no início de que a cláusula geral está no consequente da norma, conclui-se desde logo que ela tem pouca presença no Direito Administrativo.

É que, para evitar o arbítrio do Executivo, dificilmente o legislador deixa para a Administração Pública a escolha da consequência; ou seja, em geral, ainda que o agente tenha o poder de interpretar se no caso concreto está presente o

⁷⁰ LIMA NETO, Francisco Vieira. *Seis meses de novo Código Civil: foi bom para você também?* Ordem jurídica (Jornal da OAB-ES), n. 97, agosto de 2003, p.12.

⁷¹ PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: conceitos e evidência empírica*. In: *Judiciário e Economia no Brasil*, São Paulo: Sumaré, 2000.

fato previsto no conceito jurídico indeterminado (aquele A) está ele (o agente) vinculado a um rol exaustivo de efeitos.

Parece-nos, porém, que o que existe no sistema jurídico é uma convivência e uma interpenetração de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios, de modo que o critério de definir que a cláusula geral se faz presente naquelas leis que deixem em aberto o conseqüente da norma não pode ser tomado como algo definitivo e indene de críticas.

Veremos a seguir mais detidamente a questão dos conceitos jurídicos indeterminados

CAPÍTULO III

3. A definição de conceito jurídico indeterminado

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández entendem que os “conceitos indeterminados” são aqueles que contêm um elevado grau de indeterminação, fazendo com que a norma focalize uma esfera de realidade em que os limites não aparecem bem precisos em seu enunciado e que apesar disso conseguem delimitar uma hipótese concreta.

Como exemplos citam a aposentadoria de um funcionário que padeça de incapacidade permanente para o exercício de suas funções, boa-fé, falta de probidade, justa indenização, honestidade, etc. A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosa⁷².

Por outro lado, os mesmos autores esclarecem que os “conceitos determinados” são aqueles capazes de delimitar a realidade a que se refere de forma precisa e inequívoca citando como exemplo a maioria que se produz aos dezoito anos, a aposentadoria compulsória que se declara ao funcionário que completa setenta anos.

Esses exemplos contêm conceitos determinados porque o número de dias são perfeitamente demarcados, passando a aplicação de tais conceitos a serem constatados nos casos concretos não suscitando dúvida alguma a respeito do âmbito material a que esses conceitos se referem⁷³.

⁷² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 393.

⁷³ *Ibid*, p. 393.

A decorrência da incerteza e da imprecisão dos conceitos se origina na indeterminação dos enunciados normativos e na indeterminação dos fatos subjacentes à norma, todavia poderá existir um conceito indeterminado que passe a ser determinado por intermédio da evolução jurisprudencial que tenha conduzido várias hipóteses de subsunções.

Contudo, é importante observar que a interpretação do conceito indeterminado é mutável podendo sofrer variações no tempo e no espaço. Dessa forma, o que é definido hoje de uma maneira, amanhã já poderá ser de outra forma.

Um exemplo dessa mutabilidade é o conceito de beijo indecoroso, o que pode ser, hoje, um beijo normal, pode não ter sido admitido no século passado, o que os artistas de novelas entendem como um simples beijo pode ser indecoroso para pessoas que não são artistas, da mesma forma é a interpretação de mulher honesta.

Ensina Eros Roberto Grau que o conteúdo (objeto) do conceito jurídico é algo que não possui uma representação objetiva, pois existe apenas para o hermenêuta, ou seja, no âmbito subjetivo daquele que interpreta a lei. Não existe o objeto do conceito em si mesmo, como um ente autônomo e bastante a si próprio.

Em decorrência dessa ligação objeto-sujeito, a validade desse conceito individual só se dá quando ela se harmoniza com os interesses, anseios e visões dos demais membros do corpo social em que se insere o intérprete. Assim, um conceito jurídico somente pode ser considerado como tal quando existe uma uniformidade de compreensão, fenômeno que constitui uma exigência inafastável para a garantia da segurança e da certeza jurídica⁷⁴.

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *Os conceitos jurídicos e a doutrina real do direito*. In Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo. V. LXXVII, janeiro/dezembro, 1982, p. 221-224.

Nada obstante, há várias ocasiões em que o legislador se vale em certas leis de vocábulos que não permitem essa uniformidade de entendimentos, de maneira tal que, promulgada a lei, logo surge a incerteza em relação ao seu conteúdo e extensão. Por exemplo, a Constituição obriga que as leis e atos administrativos respeitem a *dignidade da pessoa humana*; ora esse conceito inegavelmente possui conteúdo sem rigidez, cuja imprecisão leva naturalmente a conclusões diferentes sobre o que significa e, por via de consequência torna mais difícil se apurar com integral certeza quais os atos que ferem o preceito constitucional em tela.

Os *conceitos jurídicos indeterminados* também podem ser denominados *conceitos legais indeterminados* ou *conceitos vagos*. No direito administrativo temos como exemplo desses conceitos as expressões: *notório saber jurídico*, *interesse público*, *ordem pública*, *reputação ilibada*, *moralidade administrativa*.

Vemos, então, que os *conceitos legais indeterminados* são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso⁷⁵.

Karl Engish define *conceito indeterminado* como um conceito, cujo conteúdo e extensão “são, em larga medida, incertos e precisam de uma valoração para aplicá-lo, no caso concreto⁷⁶”.

Por sua vez, José Carlos Barbosa Moreira ensina que *conceito jurídico indeterminado* é:

O expediente ao qual o legislador recorre naquelas situações em que não convém ou não é possível que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, não sendo conveniente que a norma descreva em termos pormenorizados

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p.141.

⁷⁶ENGISH, 1996, p.210/213.

e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.⁷⁷

Prossegue Barbosa Moreira afirmando que

Esse expediente legislativo serve para fornecer ao aplicador da lei simples indicações genéricas, prescrevendo apenas o suficiente para tornar claro aquilo que lhe parece essencial, deixando ao intérprete a tarefa de preencher os claros, de cobrir os espaços em branco.⁷⁸

Em nossa visão, os conceitos legais indeterminados, em geral se relacionam com a *hipótese de fato* posta em causa (*fattispecie, tatbestand*), cabendo ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se aquela norma atua ou não no caso concreto⁷⁹.

Dessa forma, na conhecida estrutura “se A, deve ser B”, o conceito jurídico indeterminado integra a descrição do fato (A) e não o campo dos efeitos da norma (B).⁸⁰

Se aceitarmos esse entendimento, veremos que na operação lógica de interpretação da lei, depois de preenchido pelo hermeneuta o conceito jurídico indeterminado, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao intérprete apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma outra função criadora, porque se a lei apenas enuncia o conceito, permitindo o preenchimento no caso concreto, por outro lado fornece todas as conseqüências dele advindas. Não haveria, assim, espaço para que o intérprete criasse os efeitos decorrentes da aplicação do conceito.

Tomemos como exemplo o art. 122 do código civil, que possui nítida conexão com a moralidade que deve nortear os atos administrativos: se parece certo que “*ordem pública e bons costumes*” são conceitos jurídicos legais, é também

⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – segunda série, Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 64.

⁷⁸ Ibid, p. 64.

⁷⁹ NERY JUNIOR, 2003. p.5.

⁸⁰ MOREIRA, 1978, p. 66.

correto afirmar que a conseqüência de atos praticados com violação a eles já está prescrita na lei, qual seja, a ilicitude da condição que os ofenda e a conseqüente anulação da cláusula. Cabe ao juiz, portanto, apenas decidir o que significa a expressão “*ordem pública e bons costumes*”, pois feita essa operação interpretativa a conseqüência lhe foge ao controle, pois já está prevista detalhadamente na lei (a invalidade do ato).

No século XXI, o legislador vem sendo mais comedido na utilização da técnica legislativa normativa que define precisa e previamente certos pressupostos e conceitos que indicava de forma precisa suas conseqüências, formando um sistema fechado (método casuístico). Preferiu ele priorizar em artigos importantes técnica legislativa do uso dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais, os quais dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.

3.1 A indeterminação está no termo ou no conceito?

Eros Roberto Grau entende que os conceitos jurídicos se diferenciam dos demais conceitos por não se referirem a objetos (coisas), mas a significações, não sendo, portanto, essencialistas. Assim, esclarece que:

O 'objeto' do conceito jurídico não existe 'em si', dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe 'para mim', de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo jurídico, quando a este 'para mim', por força de convenção normativa, corresponde um – seja-me permitida a expressão – 'para nós'⁸¹.

Então, somente na medida em que 'o objeto' – a significação – do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social é que o conceito jurídico estará cumprindo a sua função, que é a de “permitir a aplicação de normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza”. Com efeito, o objeto do conceito jurídico expressado será uma significação atribuível

⁸¹ GRAU, 2006. p.224.

a uma coisa, estado ou situação e não a coisa, e não a coisa, estado ou situação⁸².

Outro traço que podemos constatar no conceito jurídico é a sua volubilidade, ou seja, é a capacidade de se alterar no tempo e no espaço; em relação a esse ponto, Dinorá Grotti esclarece que “o significado comportado pelo conceito pode sofrer variações conforme o tempo e o espaço em que é apreendido⁸³”.

Eros Roberto Grau assevera que a indeterminação não é dos conceitos jurídicos e sim dos termos que expressam os conceitos, devendo nesse caso ser adotada expressão termos indeterminados de conceitos e não a conceitos indeterminados.

3.1.1 A divergência doutrinária

A indeterminação afinal está na expressão gramatical (o termo) que expressa o conceito (a idéia de algo) ou no próprio conceito?

Eros Grau sustenta que “os conceitos consubstanciam sumas de idéias que, para se realizarem como conceitos, hão de ser, no mínimo, determinadas. A mencionada “indeterminação” dos conceitos jurídicos, pois, não é deles, mas sim dos termos que o expressam, mercê da sua ambigüidade ou imprecisão⁸⁴”.

Contra-pondo-se a essa opinião, Celso Antônio Bandeira de Mello assegura que a indeterminação, a fluidez e a imprecisão manifestam-se dentro do próprio conceito e não na palavra que o rotula. Afirma ele que:

⁸² Ibid, p.62/64.

⁸³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n° 12. jul-set. São Paulo: RT, 1995. p.87.

⁸⁴ GRAU, 2006. p.239.

Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam com absoluta imprecisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos. Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes urgente, interesse público, pobreza, velhice, relevante, gravidade, calvície, e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um outro conceito – já agora preciso, portanto, um novo conceito – o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo⁸⁵.

Florivaldo Dutra Araújo, divergindo dos posicionamentos de Eros Grau e Bandeira de Mello acerca da indeterminação dos “termos” ou “conceitos” jurídicos indeterminados, aduz que a “imprecisão não se encontra nos signos abstratos da comunicação, nem nos objetos concretos (coisas, fatos) que existem ou ocorrem, mas na subsunção aos signos desses múltiplos objetos que cotidianamente com eles desejamos indicar⁸⁶”.

Assim, para esse autor, nem “termo” nem “conceito” indeterminados seriam adequados, vez que se trata de “indeterminação (imprecisão) na subsunção do fato ao conceito previsto na lei”. No entanto, não concordamos com essa teoria visto que o aplicador da lei ao se deparar com um termo indeterminado não exerce desde logo uma tarefa de subsunção silogística, mas sim uma liberdade constitutiva de preencher os claros existentes na lei.

Norbert Achterberg por sua vez também questiona a expressão “conceitos jurídicos indeterminados” (*unbestimmte Rechtsbegriffe*), pois, considera que a expressão “conceitos jurídicos indeterminados” deve ser substituída pela

⁸⁵ MELLO, 2006. p.21.

⁸⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Discricionariedade e motivação do ato administrativo*. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p. 110/112.

expressão “conceitos legais indeterminados” (*unbestimmte Gesetzbegriffe*), pois, a indeterminação é atributo da norma e não atributo da forma⁸⁷.

Outro autor que também defende essa teoria é Nelson Nery Júnior, que entende que o correto seria utilizar a expressão *conceitos legais indeterminados* porque a indeterminação está na norma legal e não na forma⁸⁸.

José Eduardo Faria prefere a expressão *conceitos jurídicos indeterminados*:

Os 'conceitos jurídicos indeterminados' são expressões propositadamente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida, graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições sócio-econômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei⁸⁹.

No mesmo sentido, o alemão Karl Engisch:

O conceito indeterminado é aquele cujo conteúdo e extensão é em larga medida incerto. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo caso devemos considerar como tais conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medidas e os valores monetários: 50 Km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. É o que pode afirmar-se, por exemplo, a respeito daqueles conceitos naturalísticos que são recebidos pelo Direito como os de 'escuridão', 'sossego noturno', 'ruído', 'perigo', 'coisa'. E com mais razão se pode dizer o mesmo dos conceitos propriamente jurídicos, como os de 'assassinato', 'homicídio qualificado', 'crime', 'ato administrativo', 'negócio jurídico', etc⁹⁰.

⁸⁷ ACHTERBERG, Norber. Allg. *Verwaltungsrecht*, 1982. p. 268. Apud in: SOUSA, Antônio Francisco de. *A discricioniedade administrativa*. Lisboa: Ed. Danúbio Ltda. 1987, p.35.

⁸⁸ NERY JUNIOR, 2003. p. 4.

⁸⁹ FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p.139.

⁹⁰ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 208/209.

Antônio Francisco de Sousa, jurista português autor de obra indispensável sobre o tema adota a expressão conceitos jurídicos indeterminados:

Os conceitos jurídicos indeterminados ganharam especial relevo no âmbito do Direito Administrativo devido “a natureza das funções da Administração, sobretudo devido ao fato de a Administração se orientar à satisfação de necessidades sociais. É que os conceitos indeterminados se apresentam ao Legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competências às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa⁹¹”.

3.1.2 Nossa posição

Após investigação das fontes doutrinárias, entendemos que a razão se encontra com Eros Grau, que defende que a indeterminação é do termo e não do conceito.

É que entendemos por *termo* o signo lingüístico que expressa o *conceito*, e por tal motivo conceito é aquilo que o signo suscita em nossa mente como noção de algo, como uma idéia que exprime uma significação atribuível a um objeto, estado ou situação⁹²; ele é sempre abstrato, e existe e sobrevive como abstração.

Assim, o conceito jurídico não se confunde com o termo empregado para designar essa noção, essa idéia de algo. O conceito é produto da reflexão humana que expressa um resumo (suma) de idéias sobre alguma coisa. Tanto é verdade que um mesmo termo pode comportar mais de um conceito ocasionando para o intérprete o problema da ambigüidade.

Com isso, os conceitos jurídicos expressados através de seus termos têm como objeto significações atribuíveis a uma coisa, estado ou situação e não a

⁹¹ SOUSA, 1987, p.73/74.

⁹² Definição jurídica é entendida como a explicitação do termo do conceito e não deve se confundida com o conceito jurídico. GRAU, 2006. p.237.

coisa, estado e situação em si mesmas. Essa significação precisa ter um mínimo de determinação e uniformidade para que ele tenha utilidade, ou seja, conceda e viabilize um mínimo de segurança e certeza na aplicação do direito, pois do contrário, o conceito trará muito mais problemas do que soluções para as demandas jurídicas.

Nesse ensejo, o conceito jurídico não é indeterminado ou fluido. Essa característica é do termo do texto normativo, que é mais ou menos fluido dependendo da dificuldade de seu desvendar o seu teor pela via interpretativa.

Se o termo aplicado pelo legislador é indeterminado, cabe ao aplicador do direito fixar o seu sentido e alcance, determinando-o, pelo menos no caso concreto.

Sustentar a idéia de que a indeterminação é do termo e não do conceito jurídico é de vital importância para a construção da idéia que se forma a partir da interpretação jurídica uma vez essa operação construtiva não admite a presença de discricionariedade administrativa, permitindo somente uma única interpretação justa e plausível para o caso a ser analisado.

Assim, conclui-se que a indeterminação no Direito é adstrita a utilização do termo indeterminado constante no texto normativo que através do processo construtivo de interpretação se chega a um conceito jurídico único e determinado.

Nada obstante, em homenagem à tradição, será adotada nesse trabalho a expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, mas sempre no sentido de serem compreendidos como sendo na verdade *termos indeterminados de conceitos jurídicos*.

3.2 Estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados

Todo conceito possui um *núcleo central* e um *halo* que compõem sua estrutura. Essa é a lição de Fernando Sainz Moreno.

Para esse jurista espanhol, todo o conceito é constituído de um *núcleo*, que tem o poder de determinar o significado primário da idéia, comportando, portanto, a essência do conceito. Por sua vez, esse o núcleo do conceito está cercado por um *halo* que comporta expressões que ampliam os limites dos conceitos⁹³.

3.2.1 O núcleo e o halo do conceito: a zona de certeza e a zona de incerteza.

3.2.1.1 A posição de Fernando Sainz Moreno

Segundo Sainz Moreno, podemos visualizar que a estrutura interna do conceito é dividida em duas zonas: uma *zona de certeza*, também conhecida como *núcleo*; e uma *zona de dúvida*, conhecida como *halo*.

Dentro da zona de certeza, o domínio das afirmações se encontra mais evidente, claro e seguro; ao passo que na zona de dúvida, onde se encontra o halo que rodeia o núcleo, não existe uma certeza prévia exigindo do intérprete a tradução do que venha a ser o conceito, conjugado com a análise do caso concreto.

Os conceitos que alcançam com facilidade o consenso estão enquadrados dentro da chamada *zona de certeza*, como por exemplo, o conceito de “livro”, que não muito raro pode suscitar muitas dúvidas quanto ao seu referente (exceto no caso de estar perante um objeto com uma forma pouco comum, em relação a sua configuração tradicional).

⁹³SAINZ MORENO, 1976. p. 197.

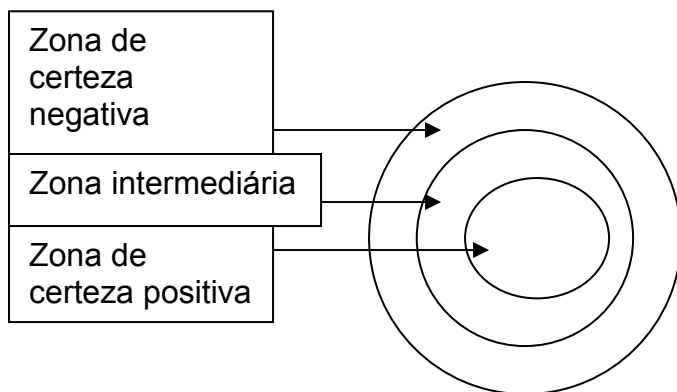
Quanto aos conceitos de difícil unanimidade de idéias, sua interpretação se opera de acordo com a perspectiva pessoal de cada intérprete levando sempre em consideração os seus padrões éticos, morais, sociais, culturais, políticos e religiosos. Nesse sentido, podemos concluir que esses conceitos estão localizados na *zona de dúvida* ou no *halo* da estrutura do conceito. Como exemplo, temos o conceito de “justo preço”, “idoneidade moral”, “conveniência”, “adequação” ou “necessidade” da medida administrativa.

3.2.1.2 A posição de Eduardo de Enterría e Tomás Fernández

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández estruturam os conceitos jurídicos indeterminados da seguinte forma: em núcleo ou “zona de certeza positiva”, configurada por dados prévios e seguros; zona intermediária ou de incerteza ou “halo conceitual”, configurado por uma “certa liberdade” para determinar o significado do conceito e “zona de certeza negativa”, configurada por dados certos quanto à exclusão do conceito⁹⁴.

Nestes termos, vejamos a representação gráfica da estruturação dos conceitos jurídicos indeterminados:

⁹⁴ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 396.



A zona de certeza positiva, conforme acima explicado, é uma zona em que o conceito jurídico indeterminado passa a ser determinável sem suscitar grandes dúvidas, ocasionando uma maior estabilidade para o ordenamento jurídico.

A zona intermediária ou cinzenta representa um alto grau de imprecisão na definição do conceito jurídico indeterminado, demandando uma valoração subjetiva do intérprete, sendo impossível obter uma resposta unânime que ocasiona uma certeza absoluta.

A zona de certeza negativa representa o conceito jurídico indeterminado que no caso concreto não é aplicável, não encontrando dúvidas acerca dessa interpretação.

3.2.1.3 A posição de Philipp Heck

Para Philipp Heck, “podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção

clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito⁹⁵”.

Diante dessa estruturação, observamos que dentro dos âmbitos das zonas de certeza positiva e negativa existe sempre uma vinculação do agente público diante da aplicação do conceito jurídico indeterminado, pois ele não se encontra autorizado a realizar sua inteligência arbitrária, distante do senso comum.

Todavia, a zona intermediária suscita dúvidas, o que poderá conduzir, ou não, a uma abertura para a discricionariedade, como veremos mais adiante.

Nesse sentido, os conceitos jurídicos indeterminados apresentam um significado mínimo indubitável que permitem a definição de situações em que o conceito é aplicável (zona de certeza positiva) ou não aplicável (zona de certeza negativa), mas também existem situações em que as qualidades que constituem um significado mínimo do conceito estão parcialmente presentes, desencadeando, uma liberdade para a definição do conceito, que se distancia da certeza absoluta (zona intermediária).

3.3 Classificação dos conceitos jurídicos indeterminados

Após essa rápida passagem sobre a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados, cabe a analisar a sua classificação, pois, como poderemos ver adiante, uns conceitos se distinguem dos outros em alguns aspectos importantes para estudo desse fenômeno.

A despeito disso, devemos alertar que essa classificação é meramente a título de organização do estudo, pois os conceitos indeterminados devem ser

⁹⁵ Apud: ENGLISH, p.209.

compreendidos em sua totalidade. Desse modo, observamos que “as classificações não são verdadeiras nem falsas, são úteis ou inúteis⁹⁶”.

Pois bem, nossa pesquisa demonstrou que Karl English⁹⁷ reconhece dois tipos de conceitos: os descritivos e os normativos.

Forsthoff⁹⁸ classifica os conceitos em conceitos de experiência e conceitos de valor.

Queiró⁹⁹ distingue os conceitos em teóricos, unissignificativos, dos conceitos práticos, plurissignificativos.

A brasileira Germana de Moraes adota a classificação dos conceitos indeterminados que os separa em conceitos de valor e conceitos de experiência, e em conceitos vinculados e não vinculados¹⁰⁰.

Passemos a conhecer melhor essas classificações:

3.3.1 Os conceitos descritivos e os conceitos normativos

Para Karl English, os *conceitos descritivos*, também conhecidos por *empíricos*, buscam designar objetos reais que de alguma forma participam da realidade perceptível do ser humano.

⁹⁶ GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais do direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p.11.

⁹⁷ ENGLISH, 1996, p.210.

⁹⁸ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de direito administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p.125/132.

⁹⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 6, out. 1946 . p. 55/56.

¹⁰⁰ MORAES, 1999. p. 61/65.

Como exemplo, temos as expressões: homem, perfume, escuridão, casa, poluição.

Os *conceitos normativos*, por sua vez, caracterizam os conceitos que não são simplesmente percebidos pelos sentidos, tornando-se perceptíveis através de uma conexão com o mundo da norma, temos como exemplos: o casamento, parentesco, menoridade, coisa alheia.

Outro tipo de conceito *normativo* são aqueles que carecem de um preenchimento valorativo, como o conceito de indigno, pornográfico¹⁰¹.

Nesses termos, vemos que os *conceitos normativos* se distinguem dos *conceitos descritivos* por possuírem em sua estrutura conceitos de valor.

3.3.2 Os conceitos empíricos e os conceitos de valor

Forsthoff distinguiu os *conceitos empíricos* dos *conceitos de valor*, pois, para ele as operações lógicas necessárias para dar conteúdo concreto aos primeiros conceitos não constituem num exercício de faculdade discricionária, mas sim num processo típico de interpretação.

Assim, todos esses conceitos devem ser determinados na sua significação concreta a partir do contexto em que se encontram; ou seja, devem necessariamente ser determinados por meio da interpretação¹⁰².

Por outro lado, para esse mesmo autor, os conceitos de valor necessitam de uma faculdade discricionária, carecendo de interpretação, pois, nesses casos a

¹⁰¹ ENGLISH, 1996, p.208/212.

¹⁰² FORSTHOFF, 1958. p.125.

norma jurídica deixa à Administração a eleição entre várias possibilidades de comportamentos¹⁰³.

3.3.3 Os conceitos teoréticos e os conceitos práticos

Outra classificação que podemos encontrar é a de Afonso Rodrigues Queiró, que distingue os conceitos em *teoréticos ou unissignificativos* e *conceitos práticos ou plussignificativos*.

Os primeiros referem-se às realidades do mundo da natureza, como os de quantidade, de número, de espaço, de tempo, são definíveis e determináveis porque dizem respeito ao mundo da causalidade, existindo nesse caso vinculação.

Os segundos pertencem ao mundo da cultura, reportando-se, com freqüência, a valores culturais. O homem, ao tratar deles, serve-se das palavras que, obviamente, rotulam ou abarcam um gênero de realidade que, por si mesma, é irreduzível a uma significação unívoca, existindo, então, a discricionariedade¹⁰⁴.

3.3.4 Os conceitos de valor e os conceitos de experiência

Germana de Oliveira Moraes afirma que os conceitos indeterminados podem tanto ser conceitos *de valor* como *de experiência*.

Os *conceitos de valor* são aqueles cujo processo de definição de seu conteúdo e alcance exige uma valoração.

¹⁰³ FORSTHOFF, 1958. p.125/127.

¹⁰⁴ QUEIRÓ, 1946 . p. 55/56.

Também conhecidos como aqueles que se referem às *questões não empíricas*, de razão prática, os conceitos de valor se localizam no mundo da sensibilidade, da valoração, estando sujeitos a um juízo de apreciação subjetivo. A concretização dos preceitos legais de valor, assim como sua aplicação ao caso concreto constitui, em maior ou menor medida, um fenômeno normal da aplicação do direito e fica, assim, reservada à última instância judicial, seja no Direito Civil, no Direito Penal, ou no Direito Administrativo¹⁰⁵.

Por sua vez, segundo Germana de Moraes, os *conceitos de experiência* são aqueles cujo conteúdo não se mostra claramente aos intérpretes, passando a apresentarem seu significado objetivo mediante os recursos de experiência comum ou a conhecimentos científicos ou técnicos.

Observa a autora que os conceitos de experiência são em sua maioria determinados e por isso conduzem a uma única decisão, estando, portanto, no campo do poder vinculado do agente público; por seu turno, os conceitos de valor frequentemente são indeterminados, possibilitando mais de uma opção, todas válidas para o Direito, estando no campo da discricionariedade¹⁰⁶.

Vale acrescentar que sobre essa classificação adotada por Germana de Moraes, vale o ponto de vista de Sainz Moreno, para quem os conceitos de experiência referem-se a objetos sensíveis e a determinadas realidades espirituais, tratando-se, nesse caso, de conceitos determinados, ao passo que os conceitos de valor dizem respeito a sentimentos ou desejos, tratando-se de conceitos indeterminados¹⁰⁷.

3.3.5 Os conceitos vinculados e os conceitos não-vinculados

¹⁰⁵ BULLINGER, Martin. *A discricionariedade da administração pública*. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, abr./jun. 1987. p. 22.

¹⁰⁶ MORAES, 1999. p.61.

¹⁰⁷ SAINZ MORENO, 1976. p.204.

Germana de Oliveira Moraes ainda classifica os conceitos indeterminados em *conceitos vinculados* e *conceitos não-vinculados*, podendo esses últimos ser discricionários ou não.

Os *conceitos vinculados* são aqueles em que a sua aplicação resulta em uma única solução juridicamente possível, seja porque a indeterminação deriva da imprecisão da linguagem, seja porque a indeterminação resulta da contextualidade da linguagem e envolve uma avaliação atual, não-prospectiva das circunstâncias de fato presentes e concomitantes à incidência da norma.

Os *conceitos não-vinculados* são aqueles cuja aplicação pode conduzir a mais de uma solução razoável sustentável pelo Direito, podendo ser discricionários ou não.

Serão discricionários quando os conceitos complementarem o tipo aberto da norma, encerrando um conflito axiológico, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes sob o manto do interesse público.

Os *conceitos não-vinculados* não serão discricionários quando se referirem a conceitos de prognose que não envolvem uma valoração comparativa de interesses, ou seja, “são aqueles que cuja complementação de sentido demanda uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro - juízo de prognose”.

Como exemplo destes últimos, temos a estimativa feita pelo administrado acerca da futura atuação de uma pessoa baseado na valoração de suas qualidades, quando, por exemplo, ao término do estágio probatório se avalia se o funcionário demonstra aptidão para o serviço público; o mesmo correrá quando houver uma avaliação sobre a utilidade de um equipamento ou máquina para fins de sua adoção no serviço.

Nas palavras de Germana, de Moraes *a aplicação dos conceitos indeterminados pode interceptar-se com a discricionariedade, nas hipóteses em que a decisão de prognose se conjuga com uma decisão discricionária, isto é, envolve um conflito de interesses, como pode ocorrer nas decisões de planificação*¹⁰⁸.

Em seguida veremos se existe relação entre conceito indeterminado e poder discricionário da Administração.

¹⁰⁸ MORAES, 1999. p.65.

CAPÍTULO IV

4. A atividade administrativa e o poder

4.1 A definição de poder

A palavra *poder* no contexto deste trabalho assume o significado de possibilidade-dever de *praticar atos e garantir-lhes efeitos jurídicos*.

Para que a Administração Pública reunisse as condições necessárias para a execução de seus deveres de gestor da coisa pública, a sociedade, por meio da Constituição Federal e das várias leis existentes no país que regulamentam essa atividade estatal, concedeu-lhe *poder*.

O poder é um instrumento outorgado pela coletividade ao administrador, que, no Estado Democrático de Direito, deve manejá-lo observando fielmente os limites traçados pelo outorgante e sempre com a finalidade de alcançar o interesse público, não sendo o seu uso uma faculdade e sim uma obrigação.

4.2 A definição de poder vinculado e de poder discricionário

A doutrina visualiza ao lançar um olhar sobre o sistema jurídico dois tipos de poder que a sociedade outorgou à Administração Pública: o *vinculado* e o *discricionário*.

O primeiro se manifesta quando a Administração se encontra diante de uma situação em que o legislador previamente estabeleceu todos os requisitos da ação a ser praticada, de tal maneira que, se esses elementos estiverem reunidos, não restaria alternativa ao administrador que não a prática do ato nas condições estipuladas na norma.

O agente, nestes casos, exerce um poder *regrado* e não lhe cabe apreciar se o ato é oportuno, conveniente, justo ou de interesse público.

Tome-se como exemplo o caso do servidor público que completa o tempo de contribuição necessário para aposentadoria integral: requerido o benefício, o

administrador se limitará a verificar se realmente os requisitos legais estão presentes e, se afirmativo, deve praticar o ato.

De outra parte, há muitas hipóteses em que a lei concedeu ao administrador a prerrogativa de decidir se o ato deve ou não ser praticado, se é ou não conveniente a sua prática, dando-lhe também liberdade para julgar qual o momento mais oportuno para fazê-lo.

Nestes casos, a Administração exerce um poder *discricionário* e por isso se diz que ela tem *discricionariedade*.

Portanto, o *ato discricionário* provém do poder discricionário e o *ato vinculado* correspondente ao poder vinculado (ou regrado).

Ambos, contudo, são *atos administrativos*.

4.3 O conceito de ato administrativo

Para compreendermos melhor o objeto de nossa investigação, faz-se necessário primeiramente conceituar um elemento de suma importância para o Direito Administrativo, qual seja o **ato administrativo**, pois essa definição nos possibilitará a realização do estudo do *controle judicial dos atos administrativos praticados com base em conceitos jurídicos indeterminados*.

Usa-se o predicativo “administrativo” com a finalidade de diferenciar o ato praticado pela Administração Pública, no desempenho de sua função executiva, dos demais atos emanados do Poder Legislativo (ato legislativo) e Judiciário (ato jurisdicional) no exercício de suas atribuições típicas de legislar e de julgar.

Os atos administrativos são distintos dos *atos da administração*, pois esses últimos correspondem aos atos advindos da Administração Pública e que são regidos pelo direito privado; tomemos como exemplo o contrato de locação de uma casa celebrado pelo Poder Público visando à instalação de uma repartição pública. Como se sabe, o conteúdo desse negócio jurídico será estabelecido

segundo o que determina a lei de locações e será por ela regulado, situando-se no âmbito do direito privado. Trata-se, assim, não de um ato administrativo e sim de um ato da administração.

Outro evento que também se enquadra como ato da administração é o chamado *ato material*, também conhecido como *fato administrativo*, que é aquele que produz efeitos de ordem prática para a administração, tais como a pavimentação de uma rua, a apreensão de mercadorias, a requisição de serviços, dentre outros habitualmente praticados pelo Executivo¹⁰⁹.

4.3.1 A lição de Celso Antônio Bandeira de Mello

Celso Antônio Bandeira de Mello define que o ato administrativo é uma *declaração*, vinculada à lei, emanada do agente da Administração Pública, ou por aqueles investidos das prerrogativas estatais, no exercício das funções públicas, que objetiva produzir efeitos jurídicos com a finalidade de atender ao interesse público e que se encontra sujeito ao controle de legitimidade pelo Poder Judiciário¹¹⁰.

Decorre daí que o ato administrativo tem como elemento essencial e característica peculiar a presença da Administração Pública atuando investida de um poder de império.

Sucedem que, ainda que o ato em estudo constitua uma declaração do Estado e se sujeite a um regime jurídico administrativo que concede à Administração todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público inclusive a capacidade de produzir efeitos imediatos, ele se sujeita ao controle pelo Poder Judiciário.¹¹¹

¹⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006. p. 88.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 352.

¹¹¹ DI PIETRO, 2001, p. 180/182.

Essa definição confirma que o ato administrativo somente se perfaz com a intenção de se estabelecer uma relação entre o administrado e a Administração, destacando-se as prerrogativas que são a ela concedidas, mas sem esquecer uma importante nota marcante, que é a possibilidade do ato ser invalidado pelo Poder Judiciário caso tenha sido praticado em desconformidade com a norma legal de regência.

De fato, no mundo contemporâneo esta referência não poderia ser excluída, pois, como teremos a oportunidade de demonstrar mais adiante, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV¹¹², não afasta da apreciação do Poder Judiciário nenhuma ameaça ou lesão a direito, ainda que provenha do Estado.

Como decorrência lógica, é conferida ao administrado a possibilidade de recorrer ao órgão jurisdicional competente para que este se pronuncie acerca da legitimidade da norma jurídica concreta consubstanciada no ato praticado pela Administração.

4.4 Os elementos do ato administrativo

Diversos são os pontos de vista adotados para se apontar e definir os elementos estruturais do ato administrativo.

A doutrina costuma aludir à existência de cinco elementos ou requisitos, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto¹¹³.

Competência seria “o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções¹¹⁴”; finalidade seria o interesse público a ser atingido com a prática do ato administrativo, sempre prevista em lei; forma é o meio de exteriorização do ato; motivo “é a situação de direito ou

¹¹² BRASIL, Constituição [da] República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2007. p.10.

¹¹³ DI PIETRO, 2001, p. 187.

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 149.

de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo¹¹⁵; e objeto seria a modificação desejada pela Administração por meio da edição do ato.

Porém, essa classificação quinária não indica com rigor científico todos os aspectos concernentes ao ato administrativo; assim, elegemos o critério utilizado pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, quem estabelece com profunda descrição os elementos e os pressupostos do ato administrativo.

Primeiramente, o jurista da PUC/SP assinala como *elementos intrínsecos do ato* aqueles que se traduzem no *conteúdo* e na *forma*, pois refletem com melhor precisão a essência do ato; como pressupostos de *existência do ato*, surgem o objeto e a pertinência do ato frente à função administrativa; e como pressupostos de *validade do ato* temos o sujeito, o motivo, a finalidade, a causa e formalização.

Quanto aos *elementos intrínsecos do ato* administrativo, a doutrina aponta como *conteúdo*¹¹⁶: aquela ação da Administração Pública que determina, afirma, opina ou altera a ordem jurídica administrativa, ou seja, esse elemento corresponde ao próprio ato exarado pelo agente público no exercício de suas prerrogativas.

Com efeito, quando o seu conteúdo é contrário ao direito (ilícito), o ato deve ser considerado inválido e conseqüentemente deverá ser decretada a sua nulidade, o que não significa dizer que a administração fica isenta de indenizar eventuais prejuízos causados por sua ação antijurídica.

¹¹⁵ Ibid, p. 151.

¹¹⁶ MELLO, 2003. p. 361. O autor distingue objeto de conteúdo se baseando na lição de Zanobini, que estabelece que objeto é a coisa, a atividade, a relação de que o ato se ocupa e sobre a qual vai recair o conteúdo do ato. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 191.

Quanto à forma, esta corresponde ao revestimento externo do ato, sendo o modo pelo qual o ato manifesta a sua existência. Nesse sentido, o ato pode ter uma forma escrita ou verbal.

No tocante à questão da existência do ato, um dos pressupostos que a condiciona, conforme acima exposto, é o seu objeto, que se define como a disposição jurídica expressada pelo ato, a matéria ou assunto ao qual o ato se reporta.

Frisa-se que o objeto do ato deve ser lícito, certo, moral, material e juridicamente possível, do contrário a ação não será considerada um ato jurídico administrativo. Quando o objeto do ato administrativo for considerado inexistente, o ato será assim também considerado, mas observa-se que o ato terá existência material, porém, não será reconhecido no mundo jurídico, não podendo ser considerado um ato administrativo devido à impossibilidade jurídica de seu objeto. Citamos alguns exemplos a título de ilustração: a intimação por edital de funcionário falecido, licença concedida a funcionário desconhecido, decreto que exonera por motivo de falecimento dado servidor.

Outro elemento que é compreendido como um pressuposto de existência do ato administrativo é a pertinência à função administrativa, ou seja, o ato deve ser praticado pelo agente no uso das prerrogativas estatais e com o objetivo de atender o interesse público. Caso o ato seja realizado pelo Estado, mas não esteja investido de sua função administrativa, marcada pelos seus poderes e prerrogativas, existirá um ato jurídico, porém não será administrativo, ou seja, a existência do ato administrativo estará prejudicada.

No plano da validade do ato administrativo, temos o pressuposto subjetivo, elemento que se refere ao sujeito que produz o ato, àquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato. São, portanto, competentes aquelas pessoas jurídicas políticas, os órgãos e os agentes determinados por lei como sujeitos capazes de realizar os atos administrativos. Decorre daí que o ato realizado por um sujeito incompetente é inválido.

Outro pressuposto objetivo que também se enquadra no âmbito da validade do ato administrativo é o motivo, ou seja, o elemento que se manifesta como fundamento fático do ato e se apresenta como fator externo e ao mesmo tempo anterior ao mesmo. Vale dizer, a razão pela qual o ato foi praticado.

Verificamos que o motivo pode está conjeturado em lei ou não. Quando existe previsão do motivo na lei o agente público somente poderá praticar o ato se ocorrer a situação nela prevista; na outra situação, quer dizer, quando não existe previsão legal, o agente público possui autonomia (liberdade) para escolher o motivo no qual se sustentará o seu ato.

Observa-se, porém, que essa liberdade concedida ao agente se encontra limitada pelos fundamentos da própria lei administrativa. Dessa forma, os motivos devem estar implicitamente admitidos pela lei, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello leciona, nos seus imperiosos dizeres: “prestantes serão os motivos que revelem pertinência lógica, adequação racional ao conteúdo do ato, ao lume do interesse prestigiado na lei aplicanda¹¹⁷”.

Importante destacar que a vontade do agente ao realizar determinado ato não guarda relação com o conceito de motivo acima descrito, pois, o motivo está intimamente ligado à realidade objetiva externa do agente enquanto que a vontade está relacionada com o “móvel¹¹⁸” que é a representação subjetiva do agente, ou seja, a sua intenção.

Neste sentido, entendemos que a vontade somente terá relevância quando estivermos diante de um ato discricionário, o qual exige que o agente, frente às situações concretas do caso em análise, as pondere subjetivamente de acordo com a sua conveniência e oportunidade para, após esse procedimento, eleger o melhor caminho, permitido em lei, a ser adotado. Esta operação é diferente do que acontece nos atos vinculados em que a vontade do agente é irrelevante, pois a lei já determina previamente e de modo objetivo o motivo

¹¹⁷ Ibid, p. 364.

¹¹⁸ Ibid, p. 366.

que dará suporte à promulgação do ato, não cabendo ao agente levantar questões de cunho subjetivo, devendo aplicar a lei se verificar que estão presentes os requisitos por ela exigidos.

O motivo do ato também deve ser diferenciado de sua motivação, pois esses dois pressupostos não se confundem. A motivação se refere à exposição de motivos, à fundamentação, por escrito, justificando a expedição do ato, fazendo referência à norma legal que autoriza a execução do ato e os fatos que levaram ao agente a decidir daquela forma.

Os requisitos procedimentais também são elementos de validade do ato administrativo; são requisitos que devem preceder determinados atos. A título de exemplo temos o ato de nomeação de um funcionário para cargo efetivo, que somente pode ocorrer após a aprovação em concurso público. Na cadeia de derivação das normas, aquela que prescreve a nomeação retira seu fundamento de validade daquela que prescreve a aprovação.

Importante elemento do ato administrativo é a sua finalidade. Trata-se do objetivo que se pretende atingir com o ato, objetivo esse definido em lei.

Nesses termos, o ato jurídico administrativo deve corresponder ao que previamente foi prescrito pela norma. Deve-se observar se o fato ocorrido enseja correspondência ao enunciado-normativo prescrito e à relação jurídica instaurada pela administração.

Assim, por exemplo, remover um servidor público como forma de puní-lo não satisfaz à finalidade legal prevista na norma, pois, o ato de remoção não tem o fim de punir. Nesse nosso exemplo, ocorreu o chamado desvio de finalidade. Caso a administração tivesse motivos para punir o servidor deveria utilizar um ato que fosse previsto no ordenamento jurídico como penalidade (advertência,

suspensão, demissão); caso contrário, o ato do administrado se enquadraria no conceito do desvio de poder¹¹⁹.

A finalidade pode ser vislumbrada, igualmente, sob o prisma do atendimento ao interesse público, quando a verificação da validade do ato exigirá a averiguação não de uma norma fundante, mas da adequação da norma jurídica administrativa (ato administrativo) aos princípios que compõem o sistema do ordenamento jurídico. Faremos essa abordagem nos itens seguintes.

No que tange ao elemento *causa*, este é definido como sendo a correspondência lógica entre o motivo do ato e seu conteúdo. Como já exposto linhas atrás, motivo é o antecedente da norma e conteúdo é o seu conseqüente. Diante desses conceitos, compreendemos que a causa do ato é a própria causalidade jurídica, é a operação lógica a ser aplicada quando ocorre um fato descrito no antecedente da norma, devendo ser instaurado o seu conseqüente.

É nesse sentido que a ausência de causa, ou seja, a desobediência a essa operação lógica formal, desvirtua o ato, pois não poderá existir qualquer outra correspondência que não seja aquela que relaciona o antecedente e o conseqüente.

Então, não havendo correspondência entre a causa do ato e o seu conteúdo não existirá respeito à causalidade e conseqüentemente o ato administrativo deverá ser declarado inválido através de seu controle, seja interno ou externo.

Não se confunde *causa* com o *motivo*:

¹¹⁹ O desvio de poder pode ser manifestado sob dois ângulos: quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender o administrador público usar seus poderes para prejudicar um inimigo ou beneficiar a si próprio ou amigo; ou quando o agente busca uma finalidade - ainda que de interesse público- alheia à categoria do ato que utilizou. MELLO, 2003. p. 372.

O motivo é o pressuposto de fato e a causa é a relação entre ele e o conteúdo do ato em vista da finalidade que a lei lhe assinou como própria. Através da causa vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender¹²⁰.

Ou, em outros termos, motivo é a situação fática ou jurídica donde se origina a vontade do administrador de praticar determinado ato¹²¹.

Por fim, como último elemento, temos a *formalização*, que é o meio específico para a exteriorização do ato, vale dizer, constitui o documento normativo no bojo do qual encontramos os critérios que permitem a construir o próprio ato, bem como o seu veículo introdutor.

Na maior parte das vezes a formalização do ato se dá de modo escrito, pois determina maior segurança e certeza nos atos realizados bem como permite um melhor controle reduzindo arbitrariedades. Porém, existem atos que são expressos por meio oral, tais como as ordens verbais emanadas pelo agente público no exercício da suas funções, por meio de gestos, como as ordens de sinalização do trânsito executadas por guardas de trânsito e por mais de sinais, como os semáforos de trânsito.

Todos esses elementos ou requisitos do ato administrativo que explicitamos são importantes para a investigação do tema referente ao controle jurisdicional dos atos da administração.

Neste sentido, como será descortinado, em quase todas hipóteses em que as normas jurídicas aplicáveis à Administração possuem um conteúdo aberto (princípio, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais), não há, em rigor, possibilidade de se permitir que critérios subjetivos dêem o tom para a deflagração dos efeitos jurídicos da hipótese normativa correlata ao caso.

¹²⁰ MELLO, 2003. p. 374.

¹²¹ CARVALHO FILHO, 2006, p. 98.

Ao contrário, a construção da norma jurídica administrativa é tão limitada à lógica do direito quanto às demais, sendo, portanto, passível de controle judicial. Não há que se confundir, portanto, aplicação de norma de moldura aberta pelo administrador com poder discricionário atribuído pela lei ao administrador.

4. 5 Ato vinculado e ato discricionário: termos impróprios

De antemão nos manifestamos no sentido de que é uma imprecisão conceitual utilizar o termo “ato vinculado” e “ato discricionário”, pois, não é o ato que é vinculado ou discricionário, mais sim a competência exercida pelo administrador é que será vinculada ou discricionária.

Assim aduz Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ainda que sejam correntes as expressões “ato vinculado” e “ato discricionário”, em rigor, vinculação ou discricionariedade são predicados atinentes aos condicionantes da válida expedição do ato ou ao seu próprio conteúdo. Querem significar, respectivamente, que o agente administrativo está, no que concerne a quaisquer desses aspectos, previamente manietado de maneira estrita pela lei ou que, pelo contrário, por força da dicção normativa que lhe regula a conduta, disporá, em relação a algum ou alguns deles, de certa liberdade para decidir, no caso concreto, sobre o modo de atender com a máxima perfeição possível o interesse público entregue ao seu encargo. Quer-se dizer: não é o ato que é vinculado ou discricionário, tanto que se costuma afirmar que tais ou quais “elementos” dele são sempre vinculados, donde por imperativo lógico, o ato, em si mesmo, nunca o seria. Em verdade discricionária é a apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais quais e vinculada é sua situação em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração¹²².

Assim, “o ato” apenas é o produto extraído da competência seja discricionária ou vinculada.

Desse modo, sempre que nos referimos a ato discricionário e vinculado estamos nos reportando a apreciação feita pela autoridade quanto a determinados aspectos, ou seja, estamos nos referindo à prática de um poder

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade” da competência discricionária. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 25, São Paulo: Malheiros. 1999. p. 13.

discricionário ou vinculado exercido pelo agente público dentro de sua respectiva competência.

4.5.1 Ato vinculado

Após havermos definido acima o significado do ato administrativo e seus elementos, bem como suscitado o debate acerca da imprecisão terminológica, faz-se oportuno adentrarmos na problemática da inexistência de conteúdo preciso em certos textos normativos aplicáveis aos atos administrativos.

Em outras palavras: é bem comum encontrarmos no ordenamento jurídico alguns enunciados normativos cujos motivos ou conteúdo não foram delimitados de maneira pormenorizada pelo legislador. Esse fenômeno gera a problemática da discricionariedade administrativa contraposta à vinculação da administração à lei.

Os *atos vinculados* podem ser entendidos como aqueles atos em que a lei não deixou margem de liberdade para a Administração, posto que ela (a lei) já regulou previamente a única hipótese de conduta admissível frente ao caso concreto, ou seja, a lei já estabelece qual o “único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta¹²³”.

Ou, em outros termos, quando a lei estipula que em face de certas situações o administrador deve agir de uma forma nela, ou em outra norma, já prevista, significa que tem ele um poder vinculado, pois a lei não lhe deixou opções.

Costuma-se dizer que é muito difícil de existir um ato administrativo completamente vinculado¹²⁴ ou, de igual modo, um ato completamente

¹²³ MELLO, 2003. p. 393.

¹²⁴ Apesar das dificuldades de se encontrar um ato totalmente vinculado, é possível enquadrar a concessão de aposentadoria compulsória nessa hipótese. Nem com relação ao momento haveria discricionariedade, visto que o servidor público, ao completar 70 (setenta) anos, será aposentado compulsoriamente. Mesmo quando o servidor já completou os requisitos exigidos

discricionário. Não são freqüentes os exemplos de atos administrativos inteiramente vinculados. Victor Nunes Leal aponta como paradigma a promoção de funcionários por antiguidade: aberta a vaga, apurada a antiguidade, não há como deixar de promovê-los (sem considerar, aqui, a situação excepcional em que, por exemplo, o juiz mais antigo pode ser afastado por motivo de interesse público)¹²⁵.

Alguns autores sustentam que o correto seria substituir a expressão “ato vinculado” por “aspectos vinculados do ato administrativo”, “elementos vinculados da competência” ou “competência vinculada”. Da mesma forma, em vez de usar a expressão “ato discricionário”, melhor seria substituí-la por “aspectos discricionários do ato administrativo”, “elementos discricionários da competência” ou “competência discricionária”¹²⁶.

Seabra Fagundes sustenta que

Para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e de certo modo. A competência diz-se então vinculada. A Administração Pública não é livre para resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos, e, com base neles, praticar o ato. Escusando-se a praticá-lo, no tempo e com o objetivo determinado, viola a lei¹²⁷.

A consequência pelo desatendimento de dado expresso na lei gera, em tese, a nulidade do ato, podendo ocorrer também à convalidação do ato. Assim, os atos vinculados estão submetidos a lei, quase não há espaço livre, a regulação de forma precisa não deixa lugar para dúvidas, cabendo apenas a descobrir que é o destinatário da norma.

por lei para solicitar aposentadoria, pode a Administração não deferir o pedido? Entende-se que não, pois, nesse caso, também seria um ato totalmente vinculado.

¹²⁵ LEAL, Victor Nunes. *Reconsideração do tema abuso de poder*. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, Seleção Histórica, n. 1 a 150. p. 457.

¹²⁶ Nesse sentido, ver ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 67/68.

¹²⁷ SEABRA, Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. P.91.

O controle desses atos pelo Poder Judiciário é completo, visto que estão estritamente confinados pela lei, proporcionando uma revisão em todos os seus aspectos.

4.5.2 Ato discricionário

Por sua vez, existe poder e, conseqüentemente, o ato discricionário, quando o texto legal concede certa margem de liberdade de decisão para a Administração.

Ou seja, o legislador autorizou que o agente da Administração, diante do caso concreto, opte por uma dentre as várias soluções possíveis, segundo o seu critério de conveniência e oportunidade.

Entretanto, mesmo esse poder sofre limitações, pois o agente administrativo não poderá optar pela pior alternativa, como bem explica Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem a discricionariedade:

é a função que, em determinado caso concreto, se concede ao agente público para escolher, segundo critérios subjetivos de conveniência e oportunidade, um entre dois ou mais comportamentos, todos igualmente incertos nos limites da legalidade e com o mesmo grau ótimo de atendimento à finalidade da lei¹²⁸.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência já verificaram a dicotomia existente nos atos expedidos pela Administração Pública; enquanto uns são absolutamente limitados em seus critérios definidores, não havendo nenhuma possibilidade de valoração pelo agente administrativo competente para a construção da norma concreta; outros, no entanto, não são tão rígidos em suas previsões legais, as quais acabam concedendo à Administração um espaço de liberdade para escolher a melhor opção frente a uma situação fática a ser solucionada. Estes últimos são os atos que decorrem do poder discricionário ou, noutros termos, são os atos oriundos da discricionariedade outorgada pela lei ao administrador público.

¹²⁸ DI PIETRO, 1991. p. 150/151.

4.5.2.1 A definição de ato discricionário na doutrina brasileira

Diogenes Gasparini entende que discricionários “são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe a Administração Pública escolher o dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito”¹²⁹.

Por sua vez, Edmir Netto de Araújo observa que:

Às vezes o ordenamento jurídico deixa certa margem de opção ao agente, para a escolha de várias soluções, todas válidas perante o Direito, e mesmo sobre a ocasião ou conveniência de tomar certas providências, porque a lei, propositadamente, deixou esse aspecto indeterminado, para que o administrador integre a vontade da lei com sua participação direta, ao decidir qual o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar. Os limites da ação voluntária do agente são, portanto, o ordenamento jurídico (limites traçados pela lei para o caso concreto) e a forma (prescrita ou permitida pela lei): ultrapassar esses limites significaria arbitrariedade, ao contrário da discricionariedade, que é a liberdade de movimentação do agente público, nos atos vinculados, dentro de tais limites¹³⁰.

Maria Sylvia Zanella di Pietro define a “discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”¹³¹.

Na visão de Hely Lopes Meirelles, poder discricionário “é o que o Direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade ou conteúdo”¹³².

¹²⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 1995. p.88.

¹³⁰ ARAÚJO, Edmir Netto. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTR, 1999. p. 115.

¹³¹ DI PIETRO, 2001. p. 67.

¹³² MEIRELLES, 1994. p. 102/103.

Mariano Bacigalupo analisa as normas que concedem à Administração uma margem de decisão e conclui que a discricionariedade implica o poder de completar uma hipótese do fato normativa imperfeita ou inacabada¹³³.

Com relação à discricionariedade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende que “é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico”¹³⁴.

Lúcia Valle de Figueiredo, ao tratar da discricionariedade, destaca:

A discricionariedade consiste na competência de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar dentro do critério de razoabilidade e afastado de seus próprios ‘standards’ as ideologias – portanto, dentro do critério da razoabilidade geral – dos princípios e valores do ordenamento, qual o melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma. O intérprete, o aplicador, para concretizar a norma geral, deverá primeiramente interpretá-la, depois terá que valorar qual a melhor maneira de atender à utilidade pública. Tal valoração, entretanto, não é livre, no sentido de que possa o administrador, se assim o entender, preencher o conceito com seus critérios próprios¹³⁵.

Dessas lições concluímos que a discricionariedade é justamente essa margem de liberdade concedida ao administrador público para optar pela solução que melhor atenda às necessidades da Administração Pública, mediante uma valoração subjetiva, a ser aplicada no caso concreto, sendo que todas as soluções apresentadas são válidas perante o Direito.

¹³³ BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 181.

¹³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 33.

¹³⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 172.

No entanto, essa “liberdade subjetiva” encontra seus limites dentro do próprio ordenamento jurídico principalmente no que tange ao princípio da legalidade, uma vez que a doutrina administrativista enfatiza a submissão da Administração à lei, lugar em que decorrem todos os seus poderes, inclusive os discricionários, sendo inadmissível pensar em um poder juridicamente ilimitado.

De acordo com o princípio da legalidade estrita, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei prevê¹³⁶.

De modo diverso, segue o pensamento para o particular que pode fazer tudo o que a lei não proíbe. Nesse passo podemos concluir que a lei é a fonte da discricionariedade, ou seja, a discricionariedade só existe no interior da lei, não podendo ela ser inventada pelo intérprete.

4.5.2.2 A justificativa para a discricionariedade

Segundo Maria Sylvia Zanella a discricionariedade se justifica através de dois critérios: prático e jurídico.

De acordo com o critério prático, a discricionariedade se justifica pela impossibilidade do legislador prever todas as situações que o administrador terá que enfrentar, principalmente diante das atuais demandas da sociedade pós moderna, carregada de alta complexidade o que dificulta a total previsibilidade dos casos que venham a existir fazendo com que o legislativo evite a utilizar a técnica de legislar através de *numerus clausus*. Com isso, evita-se o automatismo exacerbado que poderia ocorrer caso os agentes administrativos tivessem que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas.

¹³⁶ Ainda que esta previsão seja genérica, como ocorre no caso de atos praticados com amparo no Princípio da Eficiência; mesmos estes, porém, se sujeitam ao Princípio maior do ordenamento, que é o Princípio da Legalidade.

Diante da necessidade da Administração Pública em atuar de forma dinâmica em prol do interesse público foi que o legislador optou por elaborar normas abertas com o intuito de conceder maior liberdade ao administrador para decidir certas questões de acordo com a necessidade de cada momento.

Também observa Odete Medauar, ao apreciar a discricionariedade:

O Poder Executivo tem função de direção política e administrativa, aí incluindo o poder regulamentar, e tais funções não poderiam ser desempenhadas corretamente se tudo fosse predeterminado, de modo absoluto, pela lei; o Estado contemporâneo, muito complexo, com amplas funções, não pode atuar sem flexibilidade; torna-se fundamental deixar margem de maleabilidade à Administração, em época de rápidas mudanças; grandes metrópoles, convivência de massas, problemas sociais. Grandes tragédias exigem, por vezes, rapidez de atuação e certa margem de escolha; a discricionariedade atende, portanto, a necessidades institucionais¹³⁷.

Sob o ponto de vista jurídico a discricionariedade administrativa se fundamenta pela lógica de que o administrador público dentro da liberdade que lhe é concedida somente atua dentro dos limites estabelecidos pela lei.

Assim, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Ainda sob o ponto de vista jurídico, costuma-se justificar a discricionariedade apelando-se para a teoria da formação do direito por degraus, elaborado por Kelsen. (...). Considerando-se a ordem jurídica vigente no direito brasileiro, constata-se que, a partir da norma de grau superior – a Constituição – outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada. Em cada momento de produção jurídica, tem-se que respeitar os limites opostos pela norma de grau superior. Assim é que a Administração Pública, ao praticar um ato administrativo, acrescentando um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá licitamente se respeitar os limites que nesta se contém. Vale dizer que é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade¹³⁸.

¹³⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 130-131.

¹³⁸ DI PIETRO, 2001. p. 70.

Perfilhando esse entendimento, subtrai-se que a discricionariedade somente existe no interior da lei, sendo, portanto, intralegal e não extralegal, pois os fundamentos dos quais o operador do direito irá se basear deverão estar estruturados dentro do texto legal.

Nessa esteira, Francisco Campos acentua que :

O fundamento do poder discricionário da Administração não reside, portanto, em qualquer atributo que seja peculiar ao juízo administrativo, mas na estrutura lógica de uma certa categoria de juízos, que só podem ser formulados com referência a conceitos mais ou menos ambíguos ou equívocos, ou susceptíveis, pela amplitude e determinação do seu conteúdo, de receberem especificações diversas, nenhuma das quais se possa ter como a única possível, exata ou procedente, uma vez que a medida do acerto do juízo consiste, única e precisamente, no próprio conceito que lhe serviu de referência, o qual, por definição, comporta vários conteúdos igualmente adequados ou do mesmo valor significativo¹³⁹.

Diante da justificação da discricionariedade administrativa, foi possível compreender que o seu fundamento se encontra delimitado no ordenamento jurídico positivo, permitindo que a própria lei deixe ao administrador um espaço de apreciação discricionária decorrente do princípio da legalidade, afastando o antigo pensamento de que a discricionariedade é um poder genuinamente político.

Se não existisse a discricionariedade, certamente uma total desconformidade reinaria, um desajuste tomaria conta das relações existentes entre os acontecimentos do mundo e a atuação administrativa.

Segundo o que já foi estabelecido, na discricionariedade, o administrador público, ao aplicar a lei, deverá optar entre duas ou mais situações de mesmo valor e amparadas pelo Direito; essa margem de apreciação permite que o administrador público, vivenciando o caso concreto, decida da melhor maneira possível sobre a aplicação mais conveniente e oportuna do comando legal.

¹³⁹ CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958. p. 17.

Aliás, Hely Lopes Meirelles afirma que discricionários só podem ser os meios e modos de administrar, nunca os fins a atingir¹⁴⁰.

Para Queiró, o poder discricionário nunca é uma livre escolha ou uma livre atividade. É, pelo menos, sempre limitado, dirigido, regulado, ligado, pelo fim da lei. Trata-se de uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático relativo às condições de fato do agir administrativo – escolha feita sempre dentro dos limites da lei¹⁴¹.

4.5.3 Ato discricionário e ato arbitrário

É conveniente lembrar que não se pode confundir *discricionariade* com *arbitrariade*.

Segundo Cretella Júnior, “a discricção denomina-se na faculdade outorgada ao agente público para decidir ou deixar de decidir dentro do âmbito demarcado pela norma jurídica, entendendo-se por arbitrário a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos com inobservância de qualquer norma de direito¹⁴²”.

Por sua vez, Queiró afirma que o poder discricionário não é a mesma coisa que poder arbitrário, uma vez que está sujeito a certo número de limitações: tem, antes de mais nada, que sujeitar-se aos limites impostos pelas leis de competência e pelas leis de forma¹⁴³.

¹⁴⁰ MEIRELLES, 1994. p. 152/154.

¹⁴¹ QUEIRÓ, 1946. p. 73/74.

¹⁴² CRETILLA JÚNIOR, José. *O desvio de poder na administração pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.52.

¹⁴³ QUIERÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. Coimbra: Coimbra Editora, 1948. p. 162.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também salienta em oportunas palavras que:

Embora os poderes discricionários da Administração Pública, ao contrário dos vinculados, se achem libertos de estritas determinações legais, de maneira a poder escolher como deve proceder, tendo em vista considerações de conveniência oportunidade, não se confundem com poderes arbitrários. Estes correspondem a atividades sem limites jurídicos, em que o agente atua segundo seu exclusivo critério, ao passo que aqueles dizem respeito a atividade circunscrita dentro de limites jurídicos: no Estado de Direito não se admitem poderes arbitrários¹⁴⁴.

Assim, ato discricionário é aquele em que a lei estabelece um espaço decisório dentro do qual a Administração Pública tem a obrigação de escolher a solução ou a opção que melhor atenderá ao interesse público que as especificidades do caso concreto exigem¹⁴⁵, ao passo que a *ato arbitrário* é a atuação da Administração Pública fora do espaço que a lei estabelece.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de distinguir a discricionariedade da arbitrariedade, no seguinte acórdão:

Ementa:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COQUETEL E BEBIDA MISTA ALCOÓLICA DE VINHO. FABRICAÇÃO. FIXAÇÃO DE NOVOS PADRÕES DE IDENTIDADE E QUALIDADE. PODER DE POLÍCIA. REGISTRO. VALIDADE. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA. INTERESSE JURÍDICO NÃO-DEMONSTRADO.

1. Há de ser indeferido pedido de assistência formulado com base nos arts. 50 e seguintes do CPC quando parte não demonstra objetivamente em que consiste seu pretense interesse jurídico no resultado final da emenda, ou, em outras palavras, qual a relação jurídica de que seja eventualmente titular está sujeita aos efeitos da decisão que vier a ser proferida.

2. A discricionariedade que caracteriza o poder de polícia da Administração deve estar contida nos limites estabelecidos na lei, devendo a autoridade observar atentamente essas limitações, sob pena de incidir em arbitrariedade, por abuso ou desvio de poder.

3. Se, por um lado, não há de ser questionado o poder de polícia da Administração Pública para, presente o interesse público, rever os procedimentos tendentes a aprimorar a identidade e qualidade de

¹⁴⁴ BANDIERA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.1. p.473.

¹⁴⁵ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 163

coquetéis de vinho oferecidos ao consumidor, por outro, não se lhe pode permitir que, em nome desse mesmo poder, faça tábula rasa do ordenamento jurídico, para revogar, unilateralmente, autorização dada ao empresário, por prazo certo e determinado.

4. Hipótese em que o direito líquido e certo da impetrante de continuar a produzir as bebidas mistas registradas (com graduação alcoólica superior a 15% em volume e com menos de 50% de vinho) está amparado em autorização dada pelo próprio Ministério da Agricultura, com base na legislação em vigor.

5. Ao tempo em que se assegura à impetrante o direito de prosseguir na fabricação das bebidas, devidamente certificadas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, restringe-se a sua comercialização como "derivados do vinho", devendo ser promovida a adequação dos rótulos que indiquem o contrário.

6. Segurança parcialmente concedida. Processo

(MS 10597 / DF-MANDADO DE SEGURANÇA-2005/0067142-5-Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123)- Órgão Julgador- S1 - PRIMEIRA SEÇÃO- Data do Julgamento: 27/06/2007- Data da Publicação/Fonte: DJ 22.10.2007 p. 184).

Deveras, no caso da arbitrariedade o ato é inválido porque o agente o praticou fora dos parâmetros permitidos em lei ou, como é comum, com agressão contundente à ordem jurídica, padecendo de um vício que levará a uma sanção, qual seja, a declaração de invalidade da ação. Vale dizer, o ato arbitrário é na verdade um ato ilegal e por isso não pode prevalecer.

O reconhecimento do defeito do ato e a sua a declaração de invalidade decorrente desse vício deve ser feita pela própria Administração Pública, que possui o poder-dever de rever seus atos eivados de nulidade.

Neste sentido é a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 346 – A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 - A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

No caso da União, existe inclusive norma geral expressa prevendo essa possibilidade, no caso a Lei de Procedimento Administrativo (Lei nº. 9.784/99):

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Por fim, vale a lição de Fiorini que aponta que a discricionariedade é a faculdade que adquire a Administração para assegurar de forma eficaz os meios realizadores do fim.

Para ele, a discricionariedade não pode ser uma manifestação caprichosa da vontade do administrador, deve ser a realização de um processo jurídico com função definida. Isto afasta a discricionariedade do reino do acaso e do capricho do administrador, localizando-a nos quadros do Direito. A arbitrariedade e o interesse pessoal são substituídos por uma atividade jurídica tendente a editar atos eficazes que correspondam a valores permanentes da justiça¹⁴⁶.

4.5.4 Formas de concessão do poder discricionário pela lei

Consignado que o poder discricionário decorre de lei, mas que raramente existe uma manifestação explícita do legislador por meio do uso de expressões que facilitem descobrir se estamos diante de uma concessão de discricionariedade, surge a dúvida relativa a qual redação de texto legal concede poder discricionário.

Ou seja, quando ocorre na legislação a concessão de discricionariedade ao administrador?

4.5.5 A questão da discricionariedade técnica

Bernatzik, professor da Escola de Viena, foi o primeiro a utilizar a expressão “discricionariedade técnica” dentro do Direito Administrativo, no ano de 1864¹⁴⁷.

Para esse autor a *discricionariedade técnica* se refere a qualquer tipo de decisões não discricionárias que comportavam alta complexidade técnica e que por isso deveriam ser retiradas do controle jurisdicional.

Bernatzik entendia que deveria haver discricionariedade nestes casos porque somente os administradores são capazes de aferir, de acordo com sua experiência e contato direto com a realidade do dia a dia, as melhores condições para atuar com eficácia e oportunidade nas situações que lhe são apresentadas.

Assim, entende que não poderiam o juiz, que naturalmente está distante da realidade administrativa, substituir a decisão do administrador pela sua.

Antônio Francisco de Souza critica severamente esse fundamento, não concordando com a justificativa da impossibilidade técnica de controle sustentada na falta de preparação dos juízes e na natureza das decisões altamente técnicas.

Para ele, não se pode definir com clareza e precisão o que são “decisões altamente técnicas” porque para se chegar a esse entendimento é necessário que o intérprete tenha passado por um processo de alto grau de subjetividade,

¹⁴⁷ SOUSA, 1987, p.105/106.

auferindo com isso um conceito de valor que deveria ser passível de controle¹⁴⁸.

Quanto à alegação de que o juiz não conhece todos os ramos da ciência para poder controlar decisões administrativas altamente técnicas, Sousa também critica o autor esse argumento com um contra-argumento: a legislação processual reconhece que o juiz não tem o dever de conhecer todas as ciências e por isso estabelece que ele deve se socorrer dos peritos para lhe esclarecer acerca dos elementos técnicos da causa que terá que decidir.

Sousa explica que:

O tribunal não pode, pois, recusar-se a apreciar a prova produzida sobre o assunto, sob pena de privar o recorrente da garantia constitucional da impugnabilidade dos atos administrativos. O juiz não sabe se uma substância é tóxica ou não, mas pode (e deve) ouvir peritos que o esclareçam a esse respeito. Da dificuldade inegável de controle destas decisões administrativas não deve retirar-se – o que só seria explicável por razões de comodidade do juiz, mas pondo em causa a certeza e a segurança do direito – uma liberdade para a Administração decidir conforme quiser. A discricionariedade técnica perde assim o seu fundamento, pois, no Estado de Direito, a liberdade da Administração, com temos vindo a sublinhar, só pode emanar da vontade clara e inequívoca do legislador resultante da lei e não da imprecisão dos conceitos que emprega ou da dificuldade de controle jurisdicional¹⁴⁹.

Por sua vez, Eva Desdentado Daroca aduz que na atualidade uma das características da atividade administrativa é a sua “tecnificação”. Vale dizer, as normas que regulam a atuação da Administração remetem, com freqüência, a conceitos e regras técnicas, isto é, a critérios e conhecimentos que pertencem a âmbitos de saber especializado¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Ibid, p.107.

¹⁴⁹ Ibid, p.108.

¹⁵⁰ DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudência)*. Madri: Civitas, 1997. p. 19/20.

Desse modo, se o Judiciário não pudesse controlar os atos administrativos praticados em função de critérios técnicos, o resultado dessa restrição seria deixar imune um grande número de ações do agente público.

Para Eva Daroca, as apreciações técnicas consistem em uma atividade de busca de soluções a problemas práticos mediante a utilização de critérios técnicos, isto é, de conhecimentos de saberes especializados¹⁵¹.

Com a expressão "critérios técnicos", não se está, pois, fazendo referência aos critérios da ciência aplicada, mas a todos os conhecimentos científicos, incluindo tanto os da ciência aplicada como os da ciência pura. Ficam, portanto, englobadas as ciências exatas, as ciências sociais e as artes¹⁵².

Eros Roberto Grau também investiga a discricionariedade técnica para concluir que não é possível se aceitar a sua existência. Ele entende que a discricionariedade técnica é insustentável.

Afirma que, se a decisão exige um certo grau de especialização técnica, não há que se falar em discricionariedade técnica: "se a decisão é técnica, evidentemente há *standards* e *standards* muito precisos, a serem estrita e rigorosamente atendidos por quem toma a decisão¹⁵³".

Acrescenta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que não se pode falar propriamente em discricionariedade técnica: esta, na verdade, elucida atividade administrativa ou coopera para o seu bom desempenho¹⁵⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que:

¹⁵¹ Ibid, p. 20.

¹⁵² Ibid, p. 20.

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 160.

¹⁵⁴ MELLO, 1979. v.1. p. 475.

Em determinadas hipóteses, não há dúvida: a lei usa conceitos que dependem de manifestação de órgão técnico, não cabendo à Administração mais do que uma solução juridicamente válida. Assim, quando a lei assegura o direito à aposentadoria por invalidez, a decisão da Administração Pública fica vinculada a laudo técnico, fornecido pelo órgão especializado competente, que concluirá sobre a invalidez ou não para o trabalho; não resta qualquer margem de discricionariedade administrativa. Seria a impropriamente denominada discricionariedade técnica; a denominação é inadequada porque, se não há discricionariedade, a hipótese não pode ser incluída como uma de suas modalidades. Negada a aposentadoria, o interessado poderá pleiteá-la perante o Poder Judiciário, a quem caberá apreciar a decisão administrativa e anulá-la se em desacordo com a decisão do órgão técnico¹⁵⁵.

Levanta a autora a possibilidade de, em certas situações, a autoridade depender de manifestação de órgãos técnicos, ainda que sua decisão não fique inteiramente vinculada ao parecer técnico. Observe-se:

É o que ocorre, por exemplo, no caso de tombamento: para que este possa ser efetivado, tem, necessariamente, que haver manifestação de um órgão técnico que afirme tratar-se de bem que apresenta valor cultural, por exemplo, para fins de proteção; mas a sua conclusão não obriga a autoridade a fazer o tombamento, pois pode haver outros interesses públicos em jogo, como segurança, saúde, finanças, etc. Existe, nesse caso, discricionariedade administrativa limitada por dados de ordem técnica, pois a autoridade só pode fazer o tombamento se houver manifestação favorável do órgão técnico, mas essa manifestação não obriga o tombamento. Existem também hipóteses em que, embora a lei utilize conceitos técnicos, a própria manifestação técnica pode levar a resultados diversos que terão que ser apreciados pela Administração. Nem toda ciência técnica é ciência exata¹⁵⁶.

Para Regis Fernandes de Oliveira uma decisão técnica é vinculada, no sentido de que a apreciação técnica de certa situação antecede ao ato administrativo e, regra geral, ocorre a partir de um parecer ou laudo.

Pretende-se a construção de uma ponte. Realizados os estudos técnicos, apontam-se duas soluções: ou será ela construída em concreto, sobre colunas, ou será feita de ferro com tábuas suspensas. Ou, então, atenderia melhor ao interesse público implantar-se sistema de balsas para o transporte. Diante das opções técnicas, que forem apresentadas, aí, então, entrará o interesse

¹⁵⁵ DI PIETRO, 2001. p. 131/132.

¹⁵⁶ Ibid, p. 131/132.

público e o poder discricionário a valorá-lo. Serão pesadas as despesas, o fluxo de tráfego, o interesse viário. Pode-se dizer que o elemento técnico, em alguns casos, é pressuposto ou antecedente, fornecendo elementos para o exercício de poder discricionário. Pode ocorrer que a própria lei determine a colheita de parecer técnico para a realização de determinada atividade. Em tal hipótese, estar-se-ia quase sempre diante de ato vinculado. A desobediência ao prévio parecer o viciaria por ilegalidade¹⁵⁷.

Consideramos que a discricionariedade pode surgir naqueles casos em que a lei não atribua ao parecer um caráter vinculante. Mas, se a lei não qualifica assim o laudo ou parecer, a autoridade competente pode decidir em desacordo com ele, sob sua responsabilidade.

Para melhor atender o raciocínio acima esposado, registrem-se algumas notas sobre o parecer.

4.5.5.1 Parecer técnico e discricionariedade

4.5.5.1.1 O conceito de parecer

Parecer, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro “é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência.”¹⁵⁸

Os órgãos consultivos manifestam-se mediante provocação do agente que decidirá a matéria; jamais há manifestação de ofício, espontaneamente, e os pareceres devem responder às consultas formuladas a propósito de um ato em preparação ou de realização eventual.

4.5.5.1.2 As espécies de parecer

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.76/77.

¹⁵⁸ DI PIETRO, 2001. p. 214.

O parecer pode ser classificado em *facultativo*, *obrigatório* e *vinculante*.

Com relação às *consultas facultativas*, o órgão da Administração não é obrigado a requerê-las, de modo que os pareceres não vinculam a autoridade dotada do poder de decisão, servindo apenas como medidas de instrução no procedimento de tomada de decisão, não tendo relevância jurídica, salvo se o ato a ele se reportar. A Administração pode solicitá-los ou não. O ato decisório tem cunho discricionário, em relação tanto ao pedido quanto à efetivação do ato relativamente ao parecer.

O parecer é *obrigatório* quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final; é uma etapa necessária do procedimento administrativo. Se o ato for praticado sem o pronunciamento estará contaminado de nulidade, por não atender a uma solenidade essencial. Ressalte-se que a obrigação é apenas de solicitar o parecer, não de segui-lo.

Caso a autoridade administrativa não adote as conclusões do parecer, não haverá invalidação do ato; mas, se injustificável a orientação em contrário, poderá o órgão ficar sujeito às conseqüências de responsabilidade administrativa, após regular apuração.

Por fim, o parecer *vinculante* indica o conteúdo do qual o agente não pode afastar; a Administração é obrigada a realizar a consulta prévia e a acatar a sua conclusão; não há liberdade, salvo a de não praticar o ato. Nessa situação, não se emite apenas opinião, mas, há decisão, vontade e não mero juízo.

4.5.5.1.3 Nossa posição sobre Parecer técnico e discricionariedade

Existem situações em que há mais de uma solução técnica possível, e a Administração identifica não um único modelo de ação, mas vários, que são igualmente eficazes para a consecução do fim público em questão.

A Administração, nesse caso, deverá adotar um deles, atendendo ao que considere mais conveniente para o interesse público. Assim, haverá uma valoração opinável e também haverá a apreciação do interesse público com base nas soluções técnicas apresentadas.

O fato de o ordenamento jurídico remeter à utilização de critérios técnicos significa que não se pretende atribuir à Administração nenhum âmbito de decisão própria, mas que a atuação administrativa deve restringir-se única e exclusivamente ao conceito estabelecido na norma.

Em geral, quando a norma remete a critérios técnicos, há uma competência vinculada e não discricionária, precisamente porque a utilização de regras técnicas permite uma apreciação objetiva que não deixa margem para eleição.

4.6 Ato discricionário e interpretação

Discricionariedade e interpretação são termos distintos que comportam idéias diferentes, mas que possuem alguns pontos em comum.

Segundo Marcus Vinícius Filgueiras Júnior:

A interpretação é uma atividade prática que tem função de construir o conteúdo significativo dos termos normativos, termos estes acessíveis, graças a sua expressão externa. Por outro lado, a discricionariedade configura-se como um espaço decisório, estabelecida pela ordem jurídica, dentro do qual a Administração Pública tem a obrigação de escolher a solução ou opção que melhor atenderá ao interesse público que as especificidades do caso concreto exigem¹⁵⁹.

Dessas premissas teóricas, podemos concluir que existem dois pontos em comum entre as duas atividades:

¹⁵⁹ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 163.

a) ambas atividades trabalham com o caso concreto¹⁶⁰ e

b) ambas atuações necessitam de apreensão do conteúdo das normas jurídicas, ou noutras palavras, ambas atividades exigem juízo de juridicidade, que implica a revelação do sentido normativo para existirem¹⁶¹.

Maria Sylvia também reconhece semelhança entre discricionariedade e interpretação:

Uma das grandes dificuldades do tema da discricionariedade administrativa está em distingui-la das hipóteses de simples interpretação, pois, em ambas existe um trabalho intelectual prévio à aplicação da lei aos casos concretos¹⁶².

Diante dessa semelhança, poder-se-ia pensar que as referidas atividades se identificam; todavia, observa-se que o ato administrativo discricionário é infra-legal, característica que garante à atividade discricionária um espaço maior que vai além da interpretação. Isso ocorre porque o conteúdo do qual a discricionariedade se vale é mais específico do que aquele construído na interpretação.

Celso Antônio Bandeira de Mello compartilha desse entendimento ressaltando que a discricionariedade começa onde acaba a interpretação, o que significa dizer que somente após o esgotamento da interpretação é que fica aberto o espaço para a aplicação do juízo de oportunidade e de conveniência, para a apreciação política do caso concreto e para a seleção das soluções jurídicas mais convenientes e oportunas.

4.7 A situação contemporânea dos limites da discricionariedade

No Estado Democrático de Direito, toda a discricionariedade é limitada.

¹⁶⁰ Observa-se que quando o intérprete cria exemplos não reais a título de estudo, ele acaba concretizando aquilo que está posto no preceito normativo ainda que não seja um caso efetivamente verídico.

¹⁶¹ FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007. p. 163.

¹⁶² DI PIETRO, 2001. p. 119.

As limitações ao poder discricionário do administrador são delineadas pelo próprio ordenamento jurídico, constante nas leis, princípios e doutrinas que circunscrevem o campo de atuação do agente público de forma a impedir que este se desvie da lei, da finalidade específica prevista no comando normativo ou que fundamente suas condutas em motivos que não condizem com a decisão adotada.

Maria Sylvia Zanella di Pietro encontra o limite da discricionariedade no *Princípio da Legalidade*. Para a jurista da USP “isso ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador”.

Explica ela que:

O legislador ao definir determinados atos, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. Daí porque não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode apreciar diante de cada caso concreto¹⁶³.

Seguindo o entendimento de que os limites da discricionariedade se encontram estabelecidos dentro dos parâmetros do próprio ordenamento jurídico, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim conclui:

A administração Pública, ao praticar um ato discricionário, acrescentando um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá lícitamente se respeitar os limites que nesta se contêm. Vale dizer que no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade¹⁶⁴.

Nesse sentido, o Judiciário poderá apreciar os aspectos da legalidade do ato discricionário sempre que a Administração ultrapassar os limites legais da

¹⁶³ Ibid, p.133.

¹⁶⁴ Ibid. p. 71.

discricionariedade, pois não existe poder discricionário que não se origine em lei.

Germana de Moraes¹⁶⁵ e Carmem Lúcia Antunes Rocha¹⁶⁶ vão mais além e sustentam que o controle da discricionariedade deve atuar no sentido de verificar se o ato discricionário está em conformidade com o Direito e não apenas com as normas expressas em textos legais.

Dessa maneira, modernamente o controle do ato administrativo deve levar em conta os Princípios Jurídicos do ordenamento, em especial os constitucionais. Portanto, a questão não é apenas de legalidade, mas de juridicidade.

Germana de Moraes assim explica o entendimento contemporâneo sobre o controle do ato administrativo:

Ao ordenar ou regular a atuação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito, pois este passa a abranger, além das leis – das regras jurídicas, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo deve conformidade não mais apenas com a lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade.
(...)

A noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras – normas em sentido estrito.

A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstas explícita ou implicitamente na Constituição¹⁶⁷.

¹⁶⁵ MORAES, 1999, p. 21/25.

¹⁶⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 79/87.

¹⁶⁷ MORAES, 1999, p. 23/24.

Alguns princípios que freqüentemente limitam o poder discricionário do administrador público são aqueles que dizem respeito à legalidade, razoabilidade, moralidade, interesse público e eficiência¹⁶⁸.

Consuelo Sarria¹⁶⁹ entende que dentro do princípio da legalidade os limites à discricionariedade englobam: a competência e a forma; o fim; a apreciação dos fatos: nesse aspecto não há discricionariedade, porque a Administração só tem que constatar a existência real dos fatos, de tal modo que, se estes não existirem ou forem diversos, o ato será ilegal.

Da mesma forma, a qualificação jurídica dos fatos constitui limite à atuação discricionária, na medida em que precisa ser adequadamente motivada.

Nessa fase é que a Administração é limitada pelos princípios gerais de direito, em especial a racionalidade ou razoabilidade, a justiça, a igualdade, o direito de defesa.

No que se referem aos conceitos jurídicos indeterminados presentes no corpo do texto legal, a autora espanhola sustenta que não conferem discricionariedade à Administração, mas, ao contrário, constituem uns dos limites à liberdade de decisão da autoridade administrativa. Através deles se estabelece uma possibilidade de fiscalização jurisdicional de sua aplicação.

Veremos este tema com mais profundidade a seguir.

¹⁶⁸ Nota-se que esses não são os únicos princípios que limitam o poder discricionário do administrador público, mas são aqueles que mais prevalecem na jurisprudência.

¹⁶⁹ SARRIA, Consuelo. *Discrecionalidad administrativa*. In: *Acto administrativo*. Vários autores. Tucuman: Unsta, 1982. p. 115. Apud: DI PIETRO, 2001. p.133/134.

CAPÍTULO V

5. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade

5.1. Os conceitos jurídicos indeterminados na Constituição Federal

A Constituição Federal, em seu artigo 182, *caput*, dispõe:

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

As expressões ‘pleno desenvolvimento das funções sociais’ da cidade e garantir o ‘bem-estar’ de seus habitantes contêm, sem dúvida, um juízo valorativo.

Da mesma forma, quando a Lei Maior estabelece em seu artigo 196 ser a saúde direito de todos e dever do Estado, utiliza conceitos jurídicos indeterminados como ‘redução do risco de doença’ e ‘acesso universal igualitário’.

Na Constituição Federal, pode-se exemplificar ainda com os conceitos de honra (artigo 5º, X), ordem pública (artigo 34, III; 136, *caput*, e 144, § 5º), proibição administrativa (artigos 14, § 9º e 85, V), moralidade (artigo 37, *caput*) e assim por diante.

5.1.1 A questão do conceito de relevância e urgência e o controle da edição de Medidas Provisórias pelo Judiciário

O artigo 62 da Carta traz em seu corpo uma referência expressa ao concurso de dois pressupostos para edição de Medida Provisória: a relevância e a urgência.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Um dos mais ácidos críticos do uso de Medidas Provisórias é Celso Antônio Bandeira de Mello, que desde a promulgação da Constituição acentuava que não é qualquer espécie de interesse que pode servir de justificativa para as medidas provisórias, pois todo e qualquer interesse público é, *ipso facto*, *relevante*. Apenas ante os casos *graves*, ante interesses invulgarmente importantes, justifica-se a adoção de medidas provisórias.

Além disso, a cura de tal interesse deve ser feita sem retardamento algum, á falta do quê a sociedade expor-se-ia a sérios riscos ou danos. Em suma: é preciso que exista a “urgência” a que alude o artigo 62.

Do fato de ‘relevância’ e ‘urgência’ exprimirem noções vagas, de contornos indeterminados, resulta apenas que, efetivamente, muitas vezes põr-se-ão situações duvidosas nas quais não se poderá dizer, com certeza, se retratam ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata do art. 62. De par com elas, entretanto, ocorrerão outras tantas em que será indubitoso que existem. Logo, o Judiciário sempre poderá se pronunciar conclusivamente ante os casos de “certeza negativa” ou “positiva”, tanto como reconhecer que o Presidente não excedeu os limites possíveis dos aludidos conceitos naquelas situações de irremissível dúvida, em que mais de uma intenção seria razoável, plausível. Assim, fulminará as medidas provisórias, por extravasamento dos pressupostos que as autorizariam, nos casos de “certeza negativa” e reconhecer-lhes-á condições de válida irrupção nos demais. Tudo isto, é bem de ver, de fora parte a cabível apreciação quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do próprio conteúdo nelas vazado¹⁷⁰.

Convém ressaltar que urgente é o que deve ser feito com extrema rapidez; é o que tem de ser enfrentado imediatamente; o que não pode aguardar o decurso do tempo, sob pena de não surtir o efeito desejado.

Daí que, segundo a linha de Bandeira de Mello, o Judiciário não sairia de seu campo próprio, nem invadiria discricção administrativa se decidisse julgar se os

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 97 e 101.

pressupostos normativamente estabelecidos existem ou não existem, pois o controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados seria plenamente admitido, principalmente no que tange aos critérios de relevância e urgência da Medida Provisória.

Ocorre que Bandeira de Mello era voz quase solitária quando o tema era a possibilidade de apreciação pelo Judiciário do que seria relevante e urgente, dado que a posição do próprio Supremo Tribunal Federal era no sentido de que essa competência estava reservada ao Presidente da República na edição do ato e ao Congresso Nacional ao apreciá-lo. Não haveria, portanto, possibilidade de controle judicial neste caso.

5.1.1.2 O giro jurisprudencial

Neste ano de 2008, Bandeira de Mello teve a satisfação de ver sua tese ser acolhida pelo Plenário do STF.

Com efeito, em 14 de maio de 2008, ao julgar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4048-DF, o Supremo, por maioria, decidiu suspender a vigência da medida provisória nº 405/2007 por considerar que faltavam os elementos da imprevisibilidade e da urgência para caracterizar a necessidade da abertura do crédito extraordinário para prover despesas correntes. (STF. Relator Ministro Gilmar Mendes - ADI 4.048/Distrito Federal - DJ Nr. 93 do dia 26/05/2008)

A MP nº 405/2007 versava sobre a abertura de crédito extraordinário em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, créditos esses destinados a prover despesas correntes, que não poderiam ser qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência.

O Supremo Tribunal considerou cabe ao Judiciário apreciar essa questão fática, e, como não estavam presentes a urgência e a imprevisibilidade das despesas, suspendeu a vigência da Medida Provisória.

5.2. Alguns conceitos indeterminados na legislação de Direito Administrativo

5.2.1. O “serviço adequado” e a “emergência”

O § 1º do artigo 6º da Lei n.º 8.987/95 contém a expressão “serviço adequado”.

Mas, o que é *serviço adequado*?

Artigo 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Observe-se que o legislador procurou definir a expressão, mas ainda assim Marçal Justen Filho considera que *serviço adequado* é um conceito indeterminado, a ser especificado por ocasião da sua aplicação, o que se fará em face das circunstâncias.

Essa indeterminação deriva não apenas da amplitude do conceito em si mesmo, mas da variação das circunstâncias do mundo social, que deverão ser consideradas, pois é impossível estabelecer padrões uniformes, que possam ser aplicados a todos os serviços públicos e a todas as comunidades, indistintamente.

Alguns são inquestionavelmente adequados; outros, indubitavelmente inadequados; mas existirá um campo intermediário, em que a adequação e a inadequação dependerão da análise de sutilezas circunstâncias¹⁷¹.

O artigo 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, ao tratar da dispensa da licitação, se vale do vocábulo *emergência*:

Art. 24: É indispensável a licitação:

IV- nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e par as parcelas de obra e serviços que possam ser concluídas no prazo de máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

Hely Lopes Meirelles, ao tratar da emergência e da calamidade pública, acentua:

A emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas conseqüências lesivas à coletividade. Calamidade pública é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde públicas, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho geral¹⁷².

Ivan Barbosa Rigolin analisa os conceitos de situações de emergência e de calamidade:

As situações de calamidade e de emergência sempre apresentam pontos em comum, e muito amiúde se confundem se embargo. Toda

¹⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 124.

¹⁷² MEIRELLES, 1994. p. 254.

situação de calamidade pública constitui uma situação de emergência, de modo que sempre a envolve e compreende. Nem sempre, entretanto, uma situação emergencial ocorrida na Administração significa tratar-se de calamidade pública, pois esta precisa ser decretada formalmente, sempre que a gravidade dos fatos ocorridos seja de tamanha abrangência e generalidade que justifiquem a respectiva decretação pelo chefe do Executivo¹⁷³.

Ainda sobre a situação emergencial, Jessé Torres Pereira Júnior aponta dois requisitos para que possa o administrador, sem praticar qualquer ilegalidade, utilizar-se do permissivo legal: a obrigatoriedade da declaração de emergência em cada caso e a imprevisibilidade da situação dentro de um quadro de mediana percepção pelo administrador¹⁷⁴.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes pronuncia-se sobre a emergência nas licitações:

Do sentido vulgar do termo, tem-se que emergência é uma 'situação crítica; acontecimento perigoso ou fortuito; incidente'. Compõe a situação de emergência, na finalidade desse dispositivo, certa dose de imprevisibilidade da situação e a existência de risco em potencial a pessoas ou coisas, que requerem urgência de atendimento¹⁷⁵.

No caso específico das contratações diretas, segundo Marçal Justen Filho, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. A demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício desses valores¹⁷⁶.

¹⁷³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Contratação emergencial de obras – demonstração da necessidade – natureza da matéria de comprovação*. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v.9, n. 10, out. 1996, p. 486/487.

¹⁷⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários a nova lei das licitações públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 129/130.

¹⁷⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Distrito Federal: Brasília Jurídica, 1995. p. 169.

¹⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5ª. ed. São Paulo: Dialética, 1998. p. 216.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre o assunto:

Inadequado o fundamento de situação de emergência para a contratação direta, quando, na verdade, a falta de planejamento das atividades por parte da Administração é que originou a dispensa do procedimento licitatório¹⁷⁷.

Concluimos a partir das tentativas de explicação dos doutrinadores do que o vocábulo emergência significa que estamos diante de um conceito jurídico indeterminado, não sendo possível cogitar que o legislador, ao utilizar esse vocábulo, pretendeu conceder ao administrador um poder discricionário.

Um outro exemplo poderá elucidar melhor a questão.

5.2.1. A “notória especialização”

O artigo 25, inciso II, da Lei nº. 8.666/93 contém a expressão *notória especialização* e assim dispõe:

Artigo 25: É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

II- para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

Mas, o que é notória especialização apta a justificar a contratação direta dos serviços arrolados no artigo 13 da Lei 8.666/93?

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a hipótese de dispensa por notória especialização só se configura quando concorrem dois elementos: a) tratar-se de serviço cuja natureza demande uma qualificação incomum, uma perícia técnica, artística ou científica ou então um cunho pessoal do autor; b)

¹⁷⁷ Publicado no Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo, v. 8, n. 12, dez. 1995, p. 615/620. DOU de 10/10/1995. TC- 007.826/94-0.

exigir-se notoriedade, isto é, reconhecida capacidade do profissional ou firma na pertinente matéria¹⁷⁸.

Na fundamentação do relatório de decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro sobre o assunto, conclui-se que não há como negar a dois advogados contratados a qualificação de profissionais de notória especialização (ver estudos, experiências, publicações, atividades, etc., relacionados às fls. 12/18 e 34/49) e ao serviço contratado (interposição de recursos cabíveis, no próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no STF e STJ, nos autos da Apelação Cível nº 709/95) a qualificação de singular, razão por que o ato que considerou inexigível essa licitação, baseado no artigo 25, II, combinado com o artigo 13, V, da Lei nº 8.666/93, poderá ser conhecido.

Embora as características que conotam a notória especialização estejam presentes no profissional ou na firma contratada, deverá também existir a necessidade técnica, da Administração, de contratá-los, tendo em vista a natureza do objeto pretendido.

Marçal Justen Filho defende que não se exige que o profissional tenha sua capacitação e sua especialização reconhecidas perante toda a comunidade, mas que se trate de profissional destacado e respeitado no seio da comunidade de especialistas em que atua. Se não se reconhece a notoriedade quando o especialista tem mero reconhecimento no âmbito da Administração, também não se exige notoriedade do público em geral. Quer-se que, no mínimo, sua especialização seja conhecida e reconhecida no meio especializado em que desenvolve sua atividade específica¹⁷⁹.

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 20.

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, 1998. p. 265.

É a própria legislação que apresenta critérios para identificar o que deve ser considerado indivíduo ou empresa de “notória especialização”, fazendo-o no § 1º do artigo 25 da Lei nº. 8.666/93.

Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito de sua especialidade decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Verifica-se uma situação interessante que envolve a interpretação do conceito jurídico e a discricionariedade: é que definir se um profissional é “o mais adequado” ou “indiscutivelmente” o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato realmente envolve certa margem de apreciação irredutível à objetividade total.

Além disso, na maioria das vezes, mais de um profissional (ou empresa) preenche esses requisitos, havendo, portanto, liberdade para o administrador optar um deles.

No entanto, isso não afasta a possibilidade do Judiciário realizar o controle verificando se as condições de escolha do profissional contratado atende as especificidades que o caso requer, ou seja, a especialização do contratado deverá está diretamente relacionada com o caso a ser analisado.

Certamente, existem outros exemplos de conceitos jurídicos indeterminados no Direito positivo. Com base nos casos citados, procurou-se demonstrar, na prática, a problemática da questão em estudo, que se resume ao seguinte: no caso de conceito jurídico indeterminado o tema envolve interpretação e por isso cabe ao Judiciário a palavra final, situação que não ocorre quando a norma concede poder discricionário ao administrador, pois a discricionariedade envolve o mérito do ato e mérito do ato não é controlável pelo Judiciário.

Vamos tentar aprofundar esse debate.

5.3 A presença da discricionariedade na norma

5.3.1 A posição de Maria Sylvia Zanella di Pietro

De forma didática, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que a discricionariedade se encontra presente em regra, quando:

1. a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção ex officio do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
2. a lei é insuficiente, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico.
3. a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível traçar as condutas diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde, ao meio ambiente;
4. a lei usa certos conceitos indeterminados ou, nas palavras de Linares, “fórmulas elásticas”, assim consideradas aquelas que encerram valorações, isto é, sentidos axiológicos, jurídicos, tais como comoção interna, utilidade pública, bem comum, justiça, equidade, decoro, moralidade¹⁸⁰.

Assim, segundo a autora, a discricionariedade não existe apenas nos casos em que o legislador faculta ao administrador a possibilidade de escolha, mas quando a lei é insuficiente, quando a lei não estabelece a conduta a ser adota, ou em todos esses casos, a fim de que o administrador, por intermédio de uma apreciação subjetiva, complete o quadro regulativo necessário ao exercício do poder.

¹⁸⁰ DI PIETRO, 2001. p. 75/76.

O que nos interessa mais diretamente neste trabalho é a opinião da autora da USP quando afirma que a discricionariedade administrativa pode surgir, também, nos conceitos jurídicos indeterminados.

Ora, como veremos mais adiante no decorrer deste trabalho, em nossa opinião a discricionariedade administrativa não se confunde com conceitos jurídicos indeterminados.

De fato, entendemos que existe uma nítida diferença entre as duas figuras porque se a norma contém a concessão ao agente de um poder discricionário, significa que ele poderá exercer seu juízo de conveniência e oportunidade adotando uma das várias soluções possíveis permitidas pelo ordenamento jurídico não comportando apreciação do Judiciário.

Por outro lado, se o dispositivo legal contém um conceito jurídico indeterminado, a situação fática somente comportará uma solução, a qual deverá ser encontrada por meio da interpretação da norma, estando o agente obrigado a adotá-la, sendo que a sua interpretação – e conseqüente ato - comporta sindicabilidade pelo Judiciário.

5.3.2 A questão da localização da discricionariedade no texto legal.

Parte da doutrina entende que é possível concluir se estamos na presença de concessão de poder discricionário ou de mero uso de conceito indeterminado pelo legislador por meio da análise da estrutura da norma jurídica.

Alguns autores defendem que a discricionariedade somente se localiza no *conseqüente da norma* ao passo que o *conceito indeterminado* está sempre na *hipótese do fato*.

Examinando a estrutura da norma, reconhece-se que as normas jurídicas constam de duas partes: a hipótese da norma, em que se descrevem os fatos

que podem ocorrer, e o mandamento da norma, em que se definem as conseqüências jurídicas dos fatos descritos. Assim, ocorrendo o fato que a hipótese da norma descreve, incide o mandamento.

As normas jurídicas compõem-se do tipo e da conseqüência, que estão associados um ao outro segundo o esquema “se - então”: se um determinado fato da vida cai sob o tipo legal, então acontece a conseqüência jurídica legalmente prevista.

O interesse por essa questão surgiu por influência da doutrina alemã que considera importante a divisão da norma em previsão (antecedente) e estatuição (conseqüente).

Hartmut Maurer assinala que a vinculação à lei pode ser afrouxada no campo em que as autoridades administrativas obtêm certos espaços de atuação e decisão. Esse espaço é aberto pelas prescrições do poder discricionário, que deixa a cargo das autoridades a escolha entre conseqüências jurídicas diferentes¹⁸¹.

Os espaços de decisão são proporcionados pelos chamados conceitos jurídicos indeterminados, de natureza valorativa, e, por isso, concedem à Administração certo espaço de apreciação na aplicação desses conceitos.

Por outro lado, ainda segundo Maurer, o poder discricionário situa-se do lado da conseqüência jurídica e o conceito jurídico indeterminado e o espaço de apreciação que lhe corresponde situam-se, ao contrário, do lado do tipo¹⁸².

¹⁸¹ MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 47/48.

¹⁸² *Ibid*, p. 47/48.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, a discricionariedade poderá residir, inicialmente, na hipótese, no mandamento ou na finalidade da norma jurídica a ser implementada.

A discricionariedade está na hipótese da norma quando os pressupostos de fato por ela enunciados (motivo do ato administrativo) são descritos mediante os chamados conceitos práticos, ou seja, determinados por meio de palavras vaga, imprecisas, como pobreza e notório saber.

A fim de explicar esse posicionamento, o autor supracitado sugere o seguinte exemplo:

Se a lei disser, figure-se, que deverão ser expulsas da praia, a bem da moralidade pública, as pessoas que estejam trajando vestes de banho indecorosas, o pressuposto deste comando (hipótese da norma), impositiva da obrigação de expulsar, seria estar trajando uma veste pouco decorosa. Esse seria o pressuposto de fato: a veste ser pouco decorosa. A finalidade seria a defesa da moralidade pública. Dir-se-á: o pressuposto é fluido, porque a noção de veste pouco decorosa, sobre variável no tempo e no espaço, mesmo num dado tempo e espaço pode ensanchar algumas dúvidas. Mas, em rigor, se bem se atentar para a questão, perceber-se-á que a falta de precisão do conceito de pouco decoro no traje não está residente no pressuposto de fato, em si mesmo considerado. Está residente na finalidade da norma que fala em moralidade pública, pois, dependendo da noção que se tenha de moralidade pública, determinado traje será pouco decoroso ou será decoroso. Logo, o pressuposto de fato ganha fluidez não porque a tenha em si mesmo, mas em decorrência da finalidade da norma estar manejando conceitos de valor que, eles sim, são altanto vagos, altanto imprecisos¹⁸³.

Karl Engisch, ao analisar os conceitos indeterminados, ensina que eles podem aparecer nas normas jurídicas não só na chamada “hipótese”, como ainda na estatuição¹⁸⁴.

¹⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 20.

¹⁸⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 210.

Mariano Bacigalupo aborda três pontos de vista sobre a localização da discricionariedade dentro da estrutura lógico-formal da norma jurídico-administrativa que merecem ser conhecidos:

Em primeiro lugar, aquele que concebe a discricionariedade administrativa como margem de volição para eleger entre a adoção ou não de uma consequência jurídica ou outra na aplicação de normas de estrutura condicional que não obrigam a adotar a consequência jurídica por ela prevista ou não predeterminam a consequência jurídica que deva ou possa adotar-se (discricionariedade como fenômeno exclusivamente derivado da indeterminação das consequências jurídicas das normas jurídico-administrativas).

Em segundo lugar, aquele outro segundo a qual também a indeterminação da hipótese de fato das normas habilitantes (e não só a indeterminação de suas consequências jurídicas) gera discricionariedade administrativa ou, ao menos, uma margem de decisão administrativa estruturalmente equiparável, no essencial, àquela.

E, enfim, o ponto de vista de quem sustenta que, na realidade, a discricionariedade só opera no âmbito das hipóteses de fato das normas jurídico-administrativas, e isso por entender que é sua inexistência ou imperfeição (produto, por sua vez, de ausência, insuficiência ou imprecisão dos critérios determinantes de sua aplicação ou em cada caso de uma consequência jurídica ou outra), o que genuinamente provoca a margem de atuação discricionária. Isto consistiria, portanto, em que a Administração pode estabelecer ou, ao menos, precisar em sede aplicativa as hipóteses de sua própria atuação, intencionalmente imperfeitas (inacabadas ou indeterminadas) em sua configuração normativa inicial (discricionariedade como fenômeno exclusivamente derivado da imperfeição ou indeterminação da hipótese de fato normativa)¹⁸⁵.

Logo, observa-se que a doutrina adota várias posições acerca da previsibilidade da discricionariedade na estrutura da norma jurídica; porém, compreende-se que a teoria que melhor concebe a discricionariedade é aquela em que a determina no consequente da norma, restando aos conceitos indeterminados a sua localização na hipótese da norma o que permite o seu controle pelo judiciário por comportar na sua aplicação a interpretação da norma que melhor atende a realidade.

¹⁸⁵ BACIGALUPO, 1997. p. 113.

5.4 Interpretação e discricionariedade

Eros Roberto Grau defende a posição de que “a superação da indeterminação (o preenchimento) dos ‘conceitos indeterminados’ opera-se no campo da interpretação, não no campo da discricionariedade; importa a formulação de juízo de legalidade, não de juízo de oportunidade”. As margens de discricionariedade são reduzidas e apenas se manifestam quando a lei, expressamente, atribuí-las à Administração¹⁸⁶”.

Lucia Valle Figueiredo observa que não é pelo fato de estar a Administração diante de conceitos plurissignificativos ou indeterminados que terá possibilidade de escolha. Diz a autora: “o conceito deverá ser interpretado para ser aplicado. Desta forma, tem-se como primeiro limite da competência discricionária a adequada interpretação”.

No primeiro momento, após a interpretação, ter-se-á ainda de verificar a subsunção, e, portanto, só depois é que se vai colocar “alguma” discricionariedade. (...) Interpretado o conceito, teremos subsunção. Na subsunção verificar-se-á a premissa maior, a norma geral ou o conjunto de normas. Esta a grande questão, pois pode acontecer de não ser a norma suficiente e se tenha de usar premissas maiores complementares ou adicionais, exatamente para que se consiga fazer a subsunção. Note-se e enfatize-se: é possível haver apenas subsunção, mesmo diante dos conceitos imprecisos, onde *tertium non datur*, consoante afirma Enterria. Ou se dá ou não se dá o conceito¹⁸⁷.

Assim, a autora afasta a possibilidade da discricionariedade alojar-se nos conceitos plurissignificativos, elásticos ou indeterminados.

Arruda Alvim, ao questionar qual a relação que pode ser estabelecida entre o poder discricionário, que gera o ato discricionário, e o conceito vago, que gera também a aplicação da lei, assinala:

¹⁸⁶ GRAU, 1996. p. 159.

¹⁸⁷ FIGUEIREDO, 1998. p. 167.

O poder discricionário investe o administrador da possibilidade de mais de uma solução legítima, isto é, permitida pela própria lei que o investiu deste poder. Cabe ao administrador verificar, no caso concreto, qual a solução 'a', 'b', 'c', apresenta-se mais adequada para a determinada circunstância concreta que se encontra em exame quando da prática do ato. Já o conceito vago é um conceito que conduz ou tende a conduzir, necessariamente, à univocidade, embora haja muito comumente uma margem de incerteza a respeito de qual seja o mandamento idealizado pelo legislador, cuja concretização deseja¹⁸⁸.

Para Cássio Scarpinella Bueno:

É interessante destacar, de qualquer sorte, que na visão doutrinária que distingue a discricionariedade do conceito vago e indeterminado, todos aqueles exemplos usualmente referidos como sendo de discricionariedade administrativa, isto é, hipóteses de identificação da finalidade pública, utilidade social, bem comum e assim por diante, todos estes casos, em verdade, não são hipóteses de exercício de discricionariedade administrativa. Antes, são casos de interpretação de conceitos vagos e indeterminados que reclamam, caso a caso, solução unívoca¹⁸⁹.

José Alfredo de Oliveira Baracho inclina para a tese de que quando a lei condiciona o exercício do poder administrativo, mediante um conceito jurídico indeterminado, ela só admite uma solução justa, que decorre da subsunção dos fatos na esfera significativa do conceito, por intermédio de um processo lógico-jurídico¹⁹⁰.

Na opinião de Flávio Henrique Unes Pereira, o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados não está no campo da discricionariedade, mas da vinculação, por ser esta hipótese a mais razoável aos limites dos atos da

¹⁸⁸ ALVIM, Arruda. *A discricionariedade administrativa e o controle judicial*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público. Malheiros, 2000, p. 235.

¹⁸⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Inafastabilidade do controle judicial da Administração*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público. Malheiros, 2000, p. 239/240.

¹⁹⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral dos conceitos legais indeterminados*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.7. n. 27, abr./jun. 1999, p. 95.

Administração Pública no exercício da função discricional, principalmente pela irresponsabilidade com que vem sendo tratada a coisa pública¹⁹¹.

O fato de o administrador ser, muitas vezes, o primeiro a formular juízo acerca da interpretação legal não o torna imune ao controle jurisdicional, pois a aplicação de tais conceitos resulta em uma única valoração correta, que é naturalmente a melhor que todas as outras.

Florivaldo Dutra de Araújo defende que, sendo modalidade de vinculação, o uso de conceitos jurídicos indeterminados não veda ao Judiciário o controle dos atos praticados com base neles¹⁹².

Assim, para este autor não há dúvida quanto ao cabimento do exame por parte do juiz, a propósito de um litígio entre particulares, da existência ou não de 'boa fé', 'mau comportamento' ou 'honestidade'. Então, do mesmo modo, quando expressões dessa natureza surgem numa regra dirigida à autoridade administrativa, não haveria como dar um tratamento diferente, imaginando nessa hipótese, 'como que por um passe de mágica, o juiz se torna inapto para saber se a condição abstratamente apontada pela norma efetivamente ocorre no caso concreto'¹⁹³.

Afastar o controle jurisdicional sob o argumento de que a Administração Pública necessita ser mais dinâmica é uma alegação que afasta os reais valores do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, observa Gerson dos Santos Sicca:

¹⁹¹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 97.

¹⁹² ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 80.

¹⁹³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Discricionariedade e motivação do ato administrativo*. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 113.

Defender a intensa limitação do controle a partir de argumentos como a necessidade de mobilidade por parte da Administração e sua preferencial posição na ponderação dos interesses confunde argumentos políticos e jurídicos, sem considerar que o espaço de decisão é concedido ao administrador para atuar na forma e nos limites impostos pelo legislador. Uma mobilidade decorrente da 'realidade dos fatos' nada mais é do que o intento de limitar a força normativa do Direito perante os diversos grupos de interesse que quotidianamente pressionam a Administração, diversas vezes com propósitos que não almejam o bem-estar da coletividade¹⁹⁴.

Entre os autores que entendem que os conceitos jurídicos indeterminados podem conduzir à discricionariedade, citam –se os seguintes.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com coerência, expõe:

Devem ser afastadas as teorias extremadas que vêem apenas atividade de interpretação sempre que a lei utilize conceitos indeterminados. Existem casos de conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, em que realmente se afasta a discricionariedade administrativa, porque existem meios que permitem à Administração transformar em determinado um conceito aparentemente indeterminado utilizado pelo legislador. Todavia, existem outros tipos de conceitos que implicam efetivamente uma apreciação subjetiva pela autoridade administrativa, propiciando certa margem de discricionariedade. Não se trata de liberdade total, porque, por via da interpretação e da apreciação dos fatos, pode-se reduzir sensivelmente a certos limites a discricionariedade que a lei quis atribuir à Administração¹⁹⁵.

Para elucidar a questão, a autora sugere o seguinte exemplo:

Quando a lei fala, por exemplo, em promoção por merecimento, está utilizando um conceito que exige apreciação subjetiva; mas essa apreciação subjetiva é limitada pelos próprios fatos, porque existem elementos objetivos que permitem constatar que certas pessoas se enquadram e outras não se enquadram na idéia de merecimento. A liberdade do administrador não vai ao ponto de poder escolher qualquer funcionário, independentemente dos requisitos de capacidade que satisfaça; a liberdade de escolha restringe-se àqueles que, pelas circunstâncias de fato, facilmente comprováveis, possam razoavelmente, por qualquer pessoa, ser considerados merecedores da promoção¹⁹⁶.

¹⁹⁴ SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 216.

¹⁹⁵ DI PIETRO, 2001. p. 122.

¹⁹⁶ Ibid, p. 122.

Assevera Maria Sylvia que, se a autoridade administrativa, após a interpretação, chegar a várias soluções igualmente válidas perante o Direto, a escolha deve ser feita segundo critérios puramente administrativos (e não jurídicos); estar-se-á, portanto, no campo da discricionariedade¹⁹⁷.

A referida autora divide os conceitos em duas classes: os conceitos de experiência ou empíricos e os conceitos de valor. Os primeiros conduzem à vinculação; nos últimos, a discricionariedade faz-se presente. A dificuldade está em definir todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados implica a existência de discricionariedade para a Administração. Observa-se, então, que apenas no caso concreto é que se pode dizer se há ou não discricionariedade.

A conclusão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, dada a sua importância, merece ser transcrita:

No caso dos conceitos de experiência ou empíricos, a discricionariedade fica afastada, porque existem critérios objetivos, práticos extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível. Quando a lei usa esse tipo de expressão é porque quer que ela seja empregada em seu sentido usual. É o caso de expressões como caso fortuito ou força maior, jogos de azar, premeditação, bons antecedentes. Suponha-se que a autoridade administrativa se recuse a aceitar a alegação de força maior para liberar um particular da obrigatoriedade de dar cumprimento ao contrato; não há dúvida de que a matéria é de pura interpretação e pode o Poder Judiciário rever a decisão administrativa, porque ela está fora do âmbito da discricionariedade.

Na hipótese de conceitos de valor, a discricionariedade existe, embora não signifique liberdade total, isenta de qualquer limite. Neste caso e no anterior é que começa a dificuldade em definir onde termina a interpretação e começa a discricionariedade. A matéria é da maior relevância, porque diz respeito à extensão do controle judicial sobre a Administração Pública. Onde houver simples interpretação, caberá ao Poder Judiciário a palavra final; onde houver

¹⁹⁷ Ibid, p. 123.

discricionariezade, a decisão administrativa será definitiva e inatacável judicialmente¹⁹⁸.

Com relação ao ato discricionário, o Judiciário poderá apreciar aspectos concernentes à legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariezade.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar a questão, enfatiza:

Seria excessivo considerar que as expressões legais que designam os conceitos imprecisos, ao serem confrontadas com o *caso concreto*, ganham, *em todo e qualquer caso*, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. *Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não*. Em inúmeras situações, mas de uma inteligência seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, *objetivamente reputável como incorreto*. Noções como 'pobreza', 'velhice', 'notável saber', 'boa ou má reputação', 'urgência', 'tranqüilidade pública' – como quaisquer outras *suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis* - ensejarão, em certos casos, *objetiva certeza* de que in concreto, foram bem ou mal reconhecidos. Isto *em alguns casos, não porém em todos*¹⁹⁹. (destaques do autor)

Dessa forma, a discricionariezade pode resultar dos conceitos imprecisos, indeterminados, que, ao delimitarem o campo de atuação do administrador, referem-se a realidade de modo vago, impreciso, equívoco, indeterminado, embora procurem delimitar uma hipótese concreta. Tais conceitos, em geral, não passíveis de quantificação e qualificação rígidas.

Odete Medauar pondera que o Direito sempre utilizou fórmulas amplas, sem serem associadas ao poder discricionário:

Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há que se falar em discricionariezade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação

¹⁹⁸ Ibid, p. 132.

¹⁹⁹ MELLO, 2000. p. 22/23.

fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas, o poder discricionário se exerce²⁰⁰.

Régis Fernandes de Oliveira, baseado em Queiró, ressalta que, utilizando-se o legislador de um conceito prático, “permanece, sempre, ao administrador uma esfera em que é absoluto, ou seja, em que apenas o administrador poderá preencher com seu ato de juízo, a norma individual²⁰¹”.

Abordando o assunto, Regina Helena da Costa adota posicionamento semelhante ao de Maria Sylvia:

Quando se tratar de conceitos de experiência, o administrador, após socorrer-se do processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado. Quando estivermos diante de conceitos de valor, diversamente, caberá aquele, terminada a interpretação, uma vez restando ainda campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar, definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a própria discricionarieidade²⁰².

Essa posição distingue os conceitos de experiência dos conceitos de valor. Em relação aos primeiros, após a etapa da interpretação, o conceito torna-se objetivo, restando apenas uma solução, campo pertencente à vinculação. Quanto aos conceitos de valor, ultrapassada a etapa da interpretação, o conceito permanece na zona cinzenta, necessitando de uma valoração, o que se chama de discricionarieidade.

Ressalta, ainda, Regina Helena da Costa que não se pode olvidar, porém, a ocorrência de hipóteses em que, embora a lei permita opção entre duas ou mais alternativas de conduta da Administração Pública, diante da situação

²⁰⁰ MEDAUAR, 2000. p. 135.

²⁰¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 70.

²⁰² COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionarieidade administrativa*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 29, jun. 1988, p. 98.

concreta, resta apenas um único comportamento possível, que, portanto, torna-se compulsório. Nessas situações, cabe ao Judiciário, se outra tiver sido a solução adotada, apontar a única admissível *in concreto*²⁰³.

Márcia Dominguez Nigro Conceição afirma que não há que se extrair outra conclusão que não seja a de asseverar que os conceitos jurídicos indeterminados são pertinentes aos conceitos empíricos ou de experiência e aos conceitos de valor. A veiculação dos conceitos indeterminados pelas normas jurídicas pode ser associada ou, não, a um juízo discricionário, na dependência do grau de imprecisão a eles inerente, predominando a discricionariedade nos conceitos de valor, embora essa análise deva restringir-se a cada caso²⁰⁴.

Luciano Ferreira Leite ressalta que nem todos os conceitos indeterminados estão abrangidos pela discricionariedade e explica:

Neste campo estão apenas aqueles cuja indeterminação não possa ser teoricamente determinável, ficando à mercê da determinação subjetiva individual. No entanto, se os pressupostos referidos contiverem conceitos de valor, os critérios a serem adotados pelas autoridades administrativas serão sempre necessariamente discricionários²⁰⁵.

Ronaldo de Medeiros e Albuquerque defende que a discricionariedade aloja-se, exclusiva ou parcialmente, nos conceitos vagos²⁰⁶.

²⁰³ Ibid, p. 102.

²⁰⁴ CONCEIÇÃO, Márcia Dominguez Nigro. *Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos de relevância e urgência (artigo 62 da CF)*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 53 e 121.

²⁰⁵ LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 57.

²⁰⁶ ALBUQUERQUE, Ronaldo de Medeiros e. *Conceitos vagos e discricionariedade: da teoria geral do Direito Administrativo*. 1999. 304 f. Dissertação de mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 1999. p. 198.

Celso Luiz Moresco comunga da tese de que há necessidade de conceitos indeterminados para garantir que a Administração faça uso do poder discricionário e adote a melhor solução para o caso concreto²⁰⁷.

Vladimir da Rocha França admite que, quando confrontado com a realidade fática, dispõe o administrador também de uma margem de liberdade intelectual. É admissível que o agente público produza um ato discricionário aceitável para o caso concreto. Esse comportamento pode ser extraído do “conceito legal fluído” e insusceptível de correção judicial, se a interpretação mostrar-se insegura, ou seja, se o órgão jurisdicional não lograr êxito em retirar a solução escolhida pela Administração Pública da zona cinzenta de definição ou verificar que ela permaneceu na sua zona positiva²⁰⁸.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti defende que a menção a conceitos indeterminados pela lei pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração Pública. A solução à questão só pode ser fornecida casuisticamente²⁰⁹.

Para Marcelo Harger, a solução que parece ser a melhor é a que considera a existência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, mas não em todas as hipóteses. É que a indeterminação dos conceitos é reduzida pelo contexto em que estão inseridos e pela mutação que sofrem em virtude da apropriação pelo Direito²¹⁰.

²⁰⁷ MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos jurídicos indeterminados*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 14, 1996, p.94.

²⁰⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 109.

²⁰⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política: São Paulo, v. 3, n. 12. jul./ set. 1995, p. 111.

²¹⁰ HARGER, Marcelo. *A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 87, n. 756, out. 1998, p. 33.

Fabiana Andréa de Almeida Oliveira inclina-se a pensar que os conceitos jurídicos indeterminados, sendo uma realidade de nosso ordenamento jurídico, encontram no seu uso um instrumental de exercício da discricionariedade, característico da Administração Pública²¹¹.

Defende José Ribamar Barreiros Soares que haverá sempre, na aplicação de conceitos indeterminados, a possibilidade de certa margem de discricionariedade por parte da Administração Pública. A mera interpretação não será, por si só, a via definitiva para a solução do problema²¹².

Diante dos posicionamentos expostos, observa-se que há uma tendência para a configuração de uma teoria mista, segundo a qual, à vista do tipo de conceito, da situação concreta, o termo impreciso, vago, fluido poderia comportar enquadramentos discricionários ou vinculados.

Conforme foi analisada a importância da linguagem no Direito, observamos que sem o domínio da linguagem, o sistema jurídico ficaria à mercê da obscuridade, da incongruência com o real, e a aplicação da lei ficaria duvidosa, estranha ao fim social a que se destina.

Apesar de usada corretamente, pode acontecer que a palavra gere várias interpretações, isso decorre do fato da linguagem normativa não apresentar significados unívocos.

Nas palavras de Carlos Maximiliano:

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla; sem descer a minúcias. É tarefa primordial do

²¹¹ OLIVEIRA, Fabiana Andréa de Almeida. *Conceitos jurídicos indeterminados e poder discricionário*. Revista do Ministério Público do Estado da Bahia, Salvador, v. 6, n. 8, jan./dez. 1997, p. 66.

²¹² SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O controle judicial do mérito administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 85.

executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito²¹³.

A interpretação das regras tem como base alguns enunciados preestabelecidos. A hermenêutica é a ciência que estuda e confecciona o repertório de enunciados a serem respeitados pela via interpretativa.

Estabelecendo-se uma diferença entre a interpretação e a hermenêutica, observa-se que a primeira tem caráter concreto, seguindo uma via preestabelecida, em caráter abstrato, pela segunda. A interpretação somente se dá em confronto com o caso concreto a ser analisado e decidido pelo Judiciário. A hermenêutica, ao contrário, é totalmente abstrata, isto é, não em tela qualquer caso a resolver.

Interpretar é aplicar o caso concreto, os enunciados já estabelecidos pela Hermenêutica. Não se pode confundir a interpretação de norma legal com a reflexão e criação de formas pelas quais serão feitas as interpretações jurídicas.

Eros Grau compreende que interpretar é identificar ou determinar (=compreender) a significação de algo, ou seja, é compreender o significado da norma jurídica²¹⁴.

Interpretar é descobrir o sentido de determinada norma jurídica, procurando a significação dos conceitos jurídicos. A vaguidade, a ambigüidade do texto, a imperfeição, a falta da terminologia técnica, a má redação, entre outros,

²¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 1.

²¹⁴ GRAU, 2006. p. 25.

obrigam o operador do Direito, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso *sub judice*, a interpretá-la, pesquisando o seu significado. Além disso, a letra da lei permanece, enquanto seu sentido deve, sempre, adaptar-se às mudanças que o progresso e a evolução cultural imputam à sociedade. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão²¹⁵.

Com isso, os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza -, mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios²¹⁶.

Não resta dúvida de que os dados da realidade influenciam o processo de interpretação do Direito. Sabe-se que o Direito deve acompanhar a evolução cultural, necessariamente, o ordenamento jurídico deve interagir com os acontecimentos sociais, visando buscar a realização de necessidades humanas reais. Há que se evitar o uso de doutrinas e teorias jurídicas desconcatenadas com os condicionantes sociais e políticos, para que não apareçam como puras construções do espírito entre as quais é difícil escolher.

Não há como cultivar o Direito isolando-o da vida, que, em nossa época, caracteriza-se pela rápida mobilidade, determinada pelo progresso científico e tecnológico, pelo crescimento econômico e industrial, pelo influxo de novas concepções ideológicas e por modificações culturais²¹⁷.

Diante dessas conclusões, Eros Grau ressalta que:

²¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 415.

²¹⁶ GRAU, 2006. p. 29.

²¹⁷ FARIA, José Eduardo. *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 13.

A interpretação (=interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida²¹⁸.

Assim, a norma jurídica deve ser interpretada em conformidade com o bem comum, com a evolução cultural, sob pena de gerar injustiças, desigualdade social ou, no mínimo, situação de desrespeito em relação ao Judiciário. Todo o processo de elaboração e aplicação da lei deve visar ao bem comum, ao interesse público. Se assim não for a lei não estará cumprindo a sua finalidade.

Com relação a interpretação/aplicação do Direito, Eros Roberto Grau afirma que:

O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Marí]. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário [Gadamer], superpondo-se²¹⁹.

A interpretação deve ser um processo de compreensão da realidade na qual o intérprete desempenha papel ativo: não se deve compreender um texto sem atualizá-lo com os fatos que o concretizam.

Ao interpretar os conceitos que expressam valores torna-se necessário interpretar o conteúdo desses conceitos dentro da sistemática jurídica, como assim orienta Celso Antônio Bandeira de Mello:

É indubitável que os seres humanos podem acordar, em tempo e local certos, a respeito do conteúdo mínimo da significação mínima, daqueles conceitos. Logo, jamais o agente administrativo poderia, em nome da fluidez desses conceitos, tomá-los ou acolhe-los em uma

²¹⁸ GRAU, 2006. p. 38.

²¹⁹ Ibid, p. 35.

significação não comportada por esse âmbito mínimo que conota e denota a palavra, o conceito, portanto.

Acresce que o Direito é uma *linguagem*; é uma fala que veicula *prescrições*. O que nele se diz é para ser compreendido pela Sociedade, de modo a que as pessoas em geral possam conhecer os próprios direitos, atuar na conformidade das lei e evitar as conseqüências de sua eventual transgressão. Segue-se que o administrador, ao interpretar e aplicar a norma não pode atribuir às palavras legais que recubram conceitos vagos ou imprecisos, um conteúdo dissonante daquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes corresponde.

Assim, nada importará a concepção particular, pessoalíssima, que alguma autoridade tenha (real ou pretensamente), sobre o que é 'segurança pública', 'moralidade pública', 'urgência', 'interesse público relevante', 'tranqüilidade pública' ou de outros conceitos fluidos do gênero. A intelecção bizarra, original ou as peculiares idiosincrasias que informem a intelecção desatada que algum agente público porventura possa fazer dos conceitos vagos mencionados na lei, evidentemente, não pode ter o condão de sobrepor-se ao sentido que razoavelmente se lhes reconhece em dado meio social. Tais conceitos não têm elastério determinado pelo peculiar subjetivismo (verdadeiro ou não) do agente tal ou qual, mas cinge-se a um campo delimitado pela intelecção *razoável*, corrente, isto é, aquela que é normalmente captada pelos administrados, porquanto pra reger-lhes os comportamentos é que a regra foi editada.

Além disso, tem-se que admitir, ainda, que uma interpretação destes conceitos fluidos, também chamados de 'indeterminados', se faz contextualmente, ou seja, em função, entre outros fatores, do plexo total de normas jurídicas, porque ninguém interpreta uma regra de direito tomando-a como um seguimento absolutamente isolado. Ao se usar a expressão segmento, já se está a indicar que é parte de um todo. Ora, *as partes só entregam sua realidade exata quando se tem conhecimento do todo*. Não é possível apreender o significado de uma parte, sem antes abrigar na mente ao menos uma noção do que seja o todo. Para invocar o mais tosco e rudimentar dos exemplos, basta pensar que ninguém conseguirá entender o que é mão sem ter idéia do que é braço, ninguém conseguirá entender o que é braço sem ter idéia do que é um corpo humano. Assim, agiria de modo estulto quem pretendesse interpretar algum conceito normativo tomando-o desligadamente do todo contextual de que faz parte. Esse todo contextual termina por adensar um pouco o que haja de fluidez nesse conceito, embora não elimine *sempre*, necessariamente e de modo completo, o campo de possíveis dúvidas.

De toda sorte, até o ponto em que se chegou, pode-se dar como certo que a discricionariedade jamais poderia ser entendida como margem de liberdade que obstasse o controlador (interno ou externo) da legalidade do ato de verificar se a intelecção das palavras normativas, efetuada pelo agente administrativo ao aplicar a lei, foi ou não desbordante do campo significativo possível daquelas palavras, considerando tal campo significativo ao lume da acepção corrente que tenham em dada sociedade e de seu enfoque contextual no sistema normativo²²⁰.

²²⁰ MELLO, 2000. p. 29/31.

Com isso, o intérprete deve manter o raciocínio longe da paixão, é necessário interpretar e aplicar a lei ao caso concreto, visando ao bem comum, mas nunca, para isso, extrapolar o limite da própria norma jurídica.

Como assevera Márcio Cammarosano, “os conceitos que expressam valores são conceitos de conteúdo rarefeito que cumpre ao intérprete e aplicador adensar²²¹”. Esses valores deverão estar albergados no sistema jurídico, cuja inteligência e aplicação não se pode dar fora desse mesmo sistema, ainda que permeável, pela fluidez dos conceitos normativos²²².

Hans Kelsen identifica a atividade interpretativa e a atividade discricionária, defendendo a idéia da construção das normas por escala ou degrau. Coloca a norma como um esquema dentro do qual se inserem várias possibilidades; cada norma contém uma determinação a ser cumprida pela norma de grau inferior, mas a determinação nunca é completa; sempre fica uma margem mais ou menos ampla de livre apreciação, “de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato²²³”. Mais adiante, ressalta que a interpretação implica a verificação do sentido da norma a executar-se:

O resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias decisões, que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor...²²⁴.

²²¹ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 80.

²²² *Ibid*, p. 82.

²²³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1962, v.2. p. 284/285.

²²⁴ *Ibid*, p. 288/289.

Consoante já se viu, a interpretação tem por objetivo determinar o sentido da norma legal, que buscará apenas uma conduta, uma solução. Essa procura é viabilizada pela existência de dados objetivos. A partir do momento em que se esgotam esses dados, a tarefa do intérprete fica paralisada. Com isso:

O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado –, a interpretação de direito realiza-se não como mero exercício de leitura de textos normativos, para quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado²²⁵.

Na atuação discricionária, várias soluções alternativas apresentam-se. Mesmo sendo apreensível o sentido da norma de certo ponto em diante, caberá ao administrador, na ausência de dados que indiquem o “caminho correto”, efetuar uma valoração subjetiva.

Segundo Régis Fernandes de Oliveira, não se pode confundir discricionariedade com interpretação. Por isso acentua:

Enquanto se apura a determinação do sentido da norma a se aplicar, dirigida à modificação de operar no mundo jurídico, está-se diante da interpretação. A partir do momento em que não se tem dados objetivos de firmeza da apuração da determinação do sentido da norma ingressa-se no campo da discricionariedade²²⁶.

No campo da interpretação a idéia é descobrir qual a vontade legal, não havendo apreciação pessoal do intérprete. Na discricionariedade, é o pensamento do administrador de acordo com o interesse público e com as opções existentes na lei que guiará a ação. No caso, o administrador visa a reconstruir não a vontade do legislador, mas a sua própria vontade dentro dos parâmetros legais permitidos.

²²⁵ GRAU, 2006. p. 36.

²²⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 72.

Assim, a interpretação está ligada a juízos de legalidade, enquanto que a discricionariedade restringe-se ao campo dos juízos de oportunidade e conveniência, exclusivamente quando a norma jurídica permite à autoridade pública a sua formulação.

Ensina Eros Grau:

A interpretação (interpretação/aplicação), consubstanciando prudência, que não conhece o exato, porém apenas o correto, supõe a faculdade, do intérprete autêntico, de escolher uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada – sempre, em cada caso, inexistente uma interpretação verdadeira (única correta)²²⁷.

Com efeito, interpretar significa realizar uma operação lógica de conhecimento, de intelecção, pela qual, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “se desvenda uma realidade objetiva que, bem por isso, é externa ao intérprete e antecipadamente fornecida a ele²²⁸”. O autor afirma:

Enquanto houver interpretação está-se desvendando uma vontade, um pensamento estranho, isto é, está-se descobrindo algo que preexiste, reconstituindo um pensamento alheio. A atividade interpretativa de alguém é operação que se propõe a absorver, a desentranhar, uma vontade anterior, uma significação já existente, uma realidade previamente dada. Não é isso que se passa na discricionariedade. Na discricionariedade, efetivamente, o que ocorre é uma antecipada liberação do administrador, estatuída pela norma, para localizar na realidade empírica, segundo juízo subjetivo próprio, pessoal, qual o comportamento mais adequado para satisfazer uma certa finalidade que, entretanto, permanece em determinado nível ou grau de indeterminação; indeterminação essa que é preenchida, precisamente, por esta tarefa não interpretativa, mas volitiva, do agente administrativo. Idéia, aliás, que se coaduna perfeitamente com a formação do direito por graus²²⁹.

Nesse aspecto, Regina Helena Costa entendo o seguinte:

²²⁷ GRAU, 1996. p. 157.

²²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos do direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 288.

²²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade: fundamentos, natureza e limites*. Revista de Direito Público, São Paulo. V. 7, n. 33, jan./ mar. 1975, p. 88.

A essência da distinção reside num único elemento, sempre presente na discricionariedade e ausente na interpretação: a vontade do agente aplicador da norma. Enquanto nesta a vontade do intérprete é irrelevante, posto que seu objetivo é, utilizando-se de critérios preexistentes, precisar a vontade legal, na discricionariedade a norma declara que a vontade do agente será a vontade da lei, o que justifica, por si só, a multiplicidade de alternativas possíveis in abstracto²³⁰.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro alega:

Quando a Administração emprega os conceitos jurídicos indeterminados, nem sempre existe discricionariedade, esta não existirá se houver elementos objetivos, extraídos da experiência, que permitam a sua delimitação, chegando-se a uma única solução válida diante do Direito. Neste caso, haverá interpretação do sentido da norma, inconfundível com a discricionariedade. Por exemplo, se a lei prevê o afastamento *ex officio* do funcionário incapacitado para o exercício da função pública, a autoridade tem que procurar auxílio de peritos que esclareçam se determinada situação de fato caracteriza incapacidade; não poderá decidir segundo critérios subjetivos. Se, para delimitação dos conceitos, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionariedade. É o que ocorre quando a lei prevê a remoção do funcionário para atender a necessidade do serviço²³¹.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, a interpretação do sentido da lei, para pronunciamento judicial:

não agrava a discricionariedade, apenas lhe reconhece os confins; não penetra na esfera de liberdade administrativa, tão-só lhe declara os contornos; não invade o mérito do ato nem se interna em avaliações inobjetiváveis, mas recolhe a significação possível em função do texto, do contexto e da ordenação normativa como um todo, profundando-se até o ponto em que pode extrair razoavelmente da lei um comando certo e inteligível²³².

Com isso, o administrador ao interpretar os conceitos jurídicos indeterminados desvenda a norma jurídica aplicável ao caso concreto que se encontra passível de ser controlada pelo Judiciário (órgão imparcial), o qual definirá a norma de decisão sempre protegendo a ordem jurídica.

²³⁰COSTA, 1988, p. 87.

²³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 2003.

²³² MELLO, 2000. p. 25.

Assim aduz Gerson Santos Sicca:

O preceito que regula a atividade administrativa comporta um mandamento de racionalização do comportamento do administrador, ainda que este comando venha expressado por intermédio de expressões indeterminadas. A Constituição, por sua vez, remete a decisão dos conflitos decorrentes da execução da lei para outro órgão do Estado dotado de imparcialidade, a quem compete interpretar as normas, ainda que vagas, e analisá-las diante do caso concreto, para verificar a legitimidade do ato administrativo impugnado. A operação realizada pelo administrador, ao aplicar normas enunciadas por conceitos indeterminados, enquadra-se no plano da interpretação, qualitativamente similar à aplicação dos chamados conceitos determinados. A função de correção de interpretações indevidas, inclusive, é especialmente importante quando os pressupostos legitimadores da atuação administrativa apresentam-se de forma indeterminada, devido ao fato de que a vagueza pode tornar-se uma justificativa para a violação dos direitos dos particulares e para o desvirtuamento dos interesses protegidos pela ordem jurídica²³³.

Por fim, concluímos que a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados faz-se contextualmente, ou seja, em função do conjunto de normas jurídicas, porque não se interpreta uma regra de Direito isoladamente, mas como partícula imersa num todo.

5.5 Conceito jurídico indeterminado e a teoria da adequabilidade normativa

Conforme acima descrito, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello defende a idéia de que existe discricionariedade administrativa no campo dos conceitos jurídicos indeterminados, principalmente no que se refere à finalidade da norma²³⁴. Com isso, conclui que a discricionariedade administrativa poderá estar presente tanto na hipótese da norma, como nos casos de ausência de indicação explícita do pressuposto de fato ou nos casos em que os

²³³ SICCA, 2006. p. 209.

²³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19.

pressupostos de fato são prescritos por conceitos vagos, fluidos ou imprecisos; quanto no conseqüente da norma²³⁵.

Extraí o autor, essa conclusão através da constatação de que nem sempre diante do caso concreto é possível determinar com facilidade os conceitos vagos, afastando por inteiro as dúvidas acerca da aplicabilidade ou não do termo indefinido, ou seja, às vezes o caso concreto leva à situações em que o intérprete se encontra perante uma zona cinzenta do conceito o que dificulta uma decisão pautada com parâmetros de maior aceitabilidade²³⁶.

Assim, aduz o autor que em diversas ocasiões, é impossível afirmar que determinada decisão é a única correta, pois, há casos que comportam mais de uma decisão válida para o caso em análise, sendo, portanto qualquer uma dessas decisões razoáveis. Referindo-se às lições de Bernatzik, o administrativista afirma que existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida²³⁷.

Diante desse entendimento conclui-se que a verdade extraída de um conceito jurídico indeterminado nem sempre é possível de ser contrastável ou demonstrável razão porque justifica os conceitos jurídicos indeterminados discricionários²³⁸.

Dessa forma,

[...] se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que lhe aplica o conceito normativo vago é agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o direito. E se, não violou a lei,

²³⁵ Ibid, p. 20.

²³⁶ Ibid, p. 22.

²³⁷ Ibid, p. 23.

²³⁸ Ibid, p. 23.

se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade do direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava. Logo, não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar violações de direito e não procedimentos que lhe sejam conformes²³⁹.

Diante dessas palavras, fica claro constatar que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados quando gera dúvida existente entre a certeza positiva e a certeza negativa há a discricionariedade administrativa, ou seja, nesse momento o administrador possui uma margem de liberdade para escolher qual decisão tomar sem se afastar da finalidade da norma.

Exemplificando a importância do uso dos conceitos vagos nos enunciados normativos, Bandeira de Mello cita a seguinte questão: lei que dispuser ser gratuita a internação em hospital público para aqueles que recebam um salário mínimo inviabilizará qualquer discricionariedade, tendo em vista o elemento vinculado nela disposto; um salário mínimo. Esse modo de legislar, no entanto, obrigaria o administrador a verificar apenas o quanto a pessoa ganha, sem qualquer análise de outro aspecto, o que engessaria a Administração Pública perante a diversidade de situações que podem ocorrer. Para evitar esse engessamento, será necessário viabilizar uma margem de liberdade ao administrador para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal. Com isso, o uso de conceitos elásticos, facilitaria uma aplicação mais justa da lei, como se dispusesse o legislador do seguinte enunciado legislativo: Terão internamento gratuito nos hospitais públicos, as pessoas que forem “pobres”²⁴⁰.

²³⁹ Ibid, p. 23/24.

²⁴⁰ Ibid, p.34.

Importante observar que o eminente administrativista, a despeito de utilizar do exemplo para demonstrar a necessidade de se utilizar o conceito jurídico indeterminado como meio de conferir certa margem de liberdade ao administrador, acaba por apresentar uma situação em que o resultado é diverso da tese defendida, uma vez que o exemplo apresentado leva a uma única decisão para o caso concreto e, pois, não há margem de liberdade alguma.

Podemos verificar essa conclusão na seguinte citação:

Poderia ocorrer que se apresentassem, na mesma ocasião, dois indivíduos: um, cuja retribuição fosse de um salário mínimo e meio e outro que se enquadrasse perfeitamente no teto legalmente estabelecido. Ao primeiro indivíduo, como determinava a lei, seria indeferido o internamento e ao segundo, como é natural, conceder-se-ia tal benefício. Agora imagine-se que este primeiro, que ganhava um salário mínimo e meio, fosse casado, tivesse 12 filhos dependentes e sustentasse a sogra. E supunha-se que este segundo, que solicitou o internamento e que ganhava apenas um salário mínimo, fosse solteiro, tivesse pais muitos ricos e morasse com eles. Se a lei estabelecesse em termos vinculados, fixando por salários mínimos o pressuposto fático, caberia perguntar: nas situações supostas, a finalidade inspiradora na lei teria sido atendida? Evidentemente que não. Então, se a lei houvesse estabelecido que terão direito a internamento gratuito as pessoas “pobres” (conceito vago), por que ela o faria nestes termos? Pura e simplesmente porque pretenderia garantir o perfeito atendimento de sua finalidade. Ela poderia dispor de outra maneira, porém, se o fizesse, em muitos casos, quiçá, na maioria deles, a finalidade da lei, seria plenamente atendida, mas em vários outros seria desatendida²⁴¹.

O exemplo demonstra que as peculiaridades do caso concreto conduzem à decisão adequada e não a opções de livre escolha do administrador. Assim, mesmo que a lei disponha que internamento gratuito deva ser garantido ao pobre, continua a inexistir discricionariedade administrativa, já que os dados do caso em questão é que indicarão a decisão adequada que deve ser adotada pela Administração.

²⁴¹ Ibid, p. 34/35.

Com isso, o termo “pobre”, no exemplo acima adotado, foi utilizado pelo legislador para que seja possível a concretização da finalidade da norma no caso em concreto, ou seja, o uso dos conceitos jurídicos indeterminados permite que o operador do Direito ao analisar uma questão adote a decisão que melhor atenda a finalidade da norma nada tendo haver com discricionariedade administrativa. A multiplicidade de possíveis situações, não passíveis de serem previamente detalhadas pelo legislador, é que justifica o uso de conceitos indeterminados, os quais, como visto, diante das circunstâncias fáticas, conduzem a um resultado único para o caso concreto.

É imprecisa a conclusão que Celso Antônio chega:

É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter policético, multifário dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio- certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal.

Então, a discricionariedade nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculativamente²⁴².

Compartilhando do mesmo entendimento Celso Luiz Moresco estabelece que:

“Há necessidade de conceitos indeterminados para garantir que a administração faça uso de poder discricionário e adote a melhor solução para o caso em concreto²⁴³”.

Ocorre que não tem como reconhecer certa margem de liberdade quando se impõe a adoção da decisão “adequada às circunstâncias concretas”. A decisão correta ou única não quer dizer outra senão àquela que se demonstrou adequada ao caso concreto, a partir da descrição completa dos elementos fáticos relevantes. Não se trata de uma decisão que seria a expressão da verdade absoluta, a priori e absolutamente considerada. Não há, *per se*, a

²⁴² Ibid, p. 34/35.

²⁴³ MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos jurídicos indeterminados*. Revista Trimestral de Direito Público. N.14, p. 94, 1996.

solução unívoca. Esta é construída no juízo de aplicação da norma e, pois, *a posteriori*, ou seja, quando, além das normas *prima facie* aplicáveis, tem-se a completa descrição da situação concreta.

Então, Flávio Henrique Unes Pereira adverte que:

Quando se afirma que a única solução justa é um artifício irreal, está-se levando em conta apenas o juízo de justificação das normas²⁴⁴. De fato, no plano de validade, não há como apontar a única decisão – verdade absoluta – , vez que é possível imaginar uma pluralidade de soluções, à medida que se imaginam hipóteses com peculiaridades diversas. Para cada uma, em tese, pode haver respostas diferentes, a partir dos elementos que tenham sido cogitados. Exatamente por isso, faz-se necessária a inauguração do discurso de aplicação, a partir da ocorrência do caso concreto – datado e contextualizado –, para que se construa a única decisão adequada²⁴⁵.

Gerson dos Santos Sicca, ao verificar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, alerta para o perigo de se reconhecer a discricionariedade sob fundamento de que se viabiliza o cumprimento da finalidade legal, pois “a presença dos conceitos jurídicos indeterminados legitimaria a delimitação discricionária dos elementos concretos a serem ponderados por parte da Administração” - delimitação fática. Por conseguinte, ao admitir que a administração tem esse espaço destinado à seleção dos elementos relevantes, o controle judicial limita-se à apreciação daqueles que foram selecionados,

²⁴⁴ É o que ocorre na afirmação de Eros Roberto Grau: “A suposição da existência de apenas uma decisão verdadeira – exata – é insatisfatória no âmbito do Direito. Não há, nele, uma definição exata de qualquer termo conceitual, mas sempre em elenco de significações, de cada termo, conversível em elenco de ‘definições’ corretas. Vimos já, que no Direito, para cada problema podem ser discernidas inúmeras soluções, nenhuma delas exata, porém todas corretas. O dinamismo e a complexidade da realidade social reclamam a disponibilidade de um arsenal de soluções corretas a serem adotadas pelo aplicador do Direito.

De outra parte, em razão das mesmas causas acima referidas – complexidade e dinamismo da realidade social – a prisão do aplicador do Direito a uma concepção ontológica unidimensional torna-se também insatisfatória. GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 78. Observa-se que o autor, naturalmente, está examinando a questão no âmbito do discurso de validade ou justificação da norma, no qual, de fato, o enunciado legal pode indicar diversas soluções.

²⁴⁵ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 105/106.

“restando limitação não só na verificação dos elementos trazidos como também, na valoração realizada na decisão administrativa”. Com efeito, se a discricionariedade administrativa for tratada, pura e simplesmente, como instrumento para a edição de decisões justas, estar-se-ia impedindo a distinção entre situações diferentes²⁴⁶.

Uma se refere a aplicação de normas jurídicas que impõem o controle judicial acerca da seleção dos fatos considerados pela decisão, bem como sobre a respectiva valoração jurídica. Não previsão de indiferentes jurídicos (opções). Outra se refere à aplicação de normas que, expressamente, conferem ao administrador liberdade entre opções igualmente admitidas pelo ordenamento jurídico (discricionariedade)²⁴⁷.

Para a solução da aplicação das normas jurídicas que contenham conceitos jurídicos indeterminados, melhor seria a adoção da teoria da adequabilidade normativa defendida por Klaus Günther que estabelece que a norma adequada ao caso será determinada após o exame das normas *prima facie* aplicáveis, como, também, após a análise de todas as peculiaridades do caso. Portanto, a seleção dos “elementos relevantes” não é conduta disponível por parte do administrador público, tendo em vista que a decisão adequada impõe a descrição completa da situação.

Lúcio Antônio Chamon Júnior descreve com proficiência, a teoria defendida por Günther:

O juízo de adequabilidade normativa para Klaus Günther pressupõe dois níveis, ainda que simultaneamente, e de maneira co-implicada, determinados na argumentação. O primeiro nível se refere àquele que assume o caso concreto a sério: somente posso pretender aplicar uma norma quando, do ponto de vista dos implicados, tenho o caso reconstruído argumentativamente e que, para tanto, foram tomadas em conta argumentativa e contra –argumentativamente todas as circunstâncias consideradas relevantes por aqueles sujeitos

²⁴⁶ SICCA, 2006. p. 128.

²⁴⁷ Ibid, p. 128.

naquele contexto e referente àquele caso específico. Assim, é que ao longo desta reconstrução é que as normas que antes *prima facie* aplicáveis passam a ser tomadas como candidatas à adequabilidade naquela situação que vai se delineando, ou então vão sendo descartadas porque inadequadas. Destarte, o Direito, segundo Klaus Günther, há que ser assumido como um sistema idealmente coerente, o que implica, em um segundo nível, assumir a prática aplicativa enquanto referida a um esforço argumentativo, e interpretativo, pois, de adequação da norma, ou normas, antes tão-somente *prima facie* aplicáveis, ao caso concretamente reconstruído: aquela norma há que ser, após então, um juízo de adequabilidade que assume o Direito como um sistema idealmente coerente, não somente aplicável *prima facie*, mas a norma àquele caso aplicada²⁴⁸.

Dessa forma, sempre que se considerar as peculiaridades de cada caso, não há “escolha” da norma a ser aplicada, mas, sim, adequação normativa.

O próprio Celso Antônio Bandeira de Mello acaba por reconhecer que diante do caso concreto, a suposta discricionariedade reduz-se a zero. Segue a citação:

Está-se afirmando que a liberdade administrativa, que a discricção administrativa, é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta. Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento de sua finalidade²⁴⁹.

Quando o autor diz que a discricção seria maior na norma de Direito do que perante a situação concreta, na verdade, acaba por reconhecer que o discurso de justificação da norma é insuficiente, por si só, para regular a própria condição de aplicação da norma. Torna-se, pois, indispensável, o discurso de aplicação.

Jünger Habermas estabelece que:

[...] os discursos de justificação não podem levar em consideração ex ante todas as possíveis constelações de casos futuros, a aplicação

²⁴⁸ CHAMOUN JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

²⁴⁹ MELLO, 2000. p. 36.

das normas exige uma clarificação argumentativa por direito próprio (aus eigenem Recht). Em tais discursos de aplicação, a imparcialidade de julgamento é alcançada, por outro lado, não através do uso do princípio da universalização (Universalisierungsgrundsatz), mas através do princípio da adequabilidade (Prinzip der Angemessenheit)²⁵⁰.

A teoria da adequabilidade normativa defendida por Klaus Günther se encontra em sintonia com os ensinamentos de Habermas, pois, demonstra que a adequação da norma a um determinado caso somente ocorre após um processo de concreção que avalia todas as peculiaridades da situação e todas as normas que eventualmente podem ser aplicadas ao caso concreto.

Assim, os discursos de aplicação permitem que o aplicador do direito verifique qual a norma correta em relação a cada uma das normas válidas. Então:

[...] se toda norma válida requer um complemento coerente com todas as outras normas que podem ser aplicadas prima facie à situação, então o significado da norma está se alterando em cada uma das situações. Desta maneira, dependemos da história, cada momento que encaramos uma situação que não poderíamos prever e que nos força a alterar nossa interpretação de todas as normas que aceitamos como válidas²⁵¹.

A inviabilidade do discurso de justificação da norma abarca todos os casos possíveis de aplicação não quer dizer, porém, que se está diante de discricionariedade administrativa. Isso porque o operador do direito deve valer-se do discurso de aplicação que impõe o manejo do que Habermas e Günther chamam de princípio ou senso de adequabilidade.

A motivação da decisão adotada torna-se indispensável, visto que, somente a partir da exposição dos fundamentos de fato e de direito, entre os quais se impõe o exame dos elementos relevantes apresentados no procedimento

²⁵⁰ HABERMAS, Jünger. *Faktizität un Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts un des demokratischen Rechtsstaats*. 2. Aufl. Frankfurt: Sunhrkamp, 1994. 704 p. In apud: GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 144.

²⁵¹ GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação*. Trad. Leonel Cesarino Pessoa, Cadernos de Filosofia Alemã, n. 6, 2000. p. 97.

administrativo, será possível avaliar se o princípio de adequabilidade foi realmente aplicado de forma coesa pelo operador do direito.

Em conclusão, o fato de o legislador – discurso de justificação – ter utilizado um conceito jurídico indeterminado não implica discricionariedade administrativa, pois o discurso de aplicação submetido ao senso de adequabilidade resultará na decisão adequada para o caso em concreto.

CAPÍTULO VI

6. Os conceitos jurídicos indeterminados e a contribuição do direito estrangeiro

6.1 Direito Germânico

Estudar a doutrina do direito do mundo germânico, aqui incluído o direito austríaco, é de crucial para a compreensão do instituto dos conceitos jurídicos indeterminados, pois, foi graças ao esforço intelectual dos juristas alemães e austríacos que surgiu e se desenvolveu a teoria que os liga à idéia da discricionariedade administrativa.

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados tem sua origem no século XIX, na Áustria, quando se buscava responder a uma importante questão: se os conceitos indeterminados empregados pelo legislador ao elaborar a norma eram ou não suscetíveis de controle pelos tribunais administrativos.

Bernatzik, em obra publicada em 1886, considerou que os conceitos jurídicos indeterminados presentes na lei são concessões de poder discricionário à autoridade administrativa, posição essa que influenciou sobremaneira o Supremo Tribunal Administrativo austríaco.

Para o autor em tela, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados só poderia ser feita por meio de um complexo processo interpretativo em cadeia, por ele denominado “discricionariedade técnica”, e que ele definia, segundo Antônio Francisco de Sousa, como todo tipo de decisão que, não sendo discricionária, deveria, contudo, ser, pela sua alta complexidade técnica (elevada complexidade das premissas factuais), retirada do controle jurisdicional, porque quem conhece o ofício da administração são os administradores, e só eles pela sua formação técnica, pela sua experiência e pelo seu contato direto com a realidade do dia-a-dia é que estariam em

melhores condições de reagir, eficazmente e com oportunidade, às circunstâncias mais variadas com que se defrontam. Por isso não poderiam os juízes com outra função, outra preparação e distanciados da realidade da vida administrativa, fazer prevalecer a sua opinião e substituir, tardiamente a autoridade administrativa²⁵².

Tenzer, defendendo posição contrária, combateu a doutrina de Bernatzik chamando-a de inimiga do Estado de Direito e de cientificamente infundada, devendo ser por isso abandonada.

Para ele, todo conceito legal (ou jurídico), seja indeterminado ou determinado, quando analisado frente ao caso concreto necessita, para sua aplicação, de um complexo processo em cadeia, não sendo este, portanto, o ponto que diferencia uma espécie de conceito da outra.

Na realidade, o que distinguiria o conceito legal indeterminado do conceito legal determinado seria apenas o grau de insegurança da palavra, vale dizer, quando o legislador se utiliza de conceitos vagos, o significado dos vocábulos não são imediatamente compreendidos, tais como “interesse público”, “segurança”, “ordem pública”, “perigo”; fazendo com que a tutela jurisdicional seja ainda mais efetiva, visando a garantir a proteção das esferas de liberdade dos indivíduos. Essa tese permite que a aplicação dos conceitos indeterminados seja controlada pelo Judiciário, incluindo nesse controle até a denominada “discricionariedade técnica²⁵³”.

Resumindo o pensamento de Tezner, conclui Sousa que:

Tudo se resumia na questão de competência dos tribunais administrativos: Seria unicamente o tribunal administrativo quem

²⁵² BERNATZIK. *Rechtsprechung um materielle rechtskraft*. Viena, 1886 apud SOUSA, 1994. p. 106.

²⁵³ TEZNER. *Das frei ermessen der verwaltungsbehörden*. Leipzig, 1924, p. 16/17 e 21 apud SOUSA, 1994. p. 35.

poderia determinar que categoria de conceitos atribuem “discricionariedade técnica”²⁵⁴.

Em consequência da polêmica originada pelos doutrinadores Bernatzik e Tezner, surgiram duas teorias acerca dos conceitos indeterminados: a defendida por Bernatzik, chamada *teoria da multivalência*²⁵⁵ e a chancelada por Tezner, conhecida por *teoria da univocidade*²⁵⁶.

Segundo a primeira teoria, a interpretação e a aplicação dos conceitos legais indeterminados passaria necessariamente pelo emprego de um processo “processo intelectual altamente complexo” e necessariamente conduziriam a várias decisões corretas, o que levaria à conclusão de que esses conceitos são normas legais que concedem discricionariedade ao administrador público.

Vale dizer, ao se defrontar com o problema intransponível de como encontrar critérios seguros de interpretação e de controle daquele tal “processo intelectual altamente complexo”, a teoria o contornou de modo cômodo, ou seja, passou-se a considerar que os conceitos jurídicos indeterminados atribuem discricionariedade à autoridade administrativa²⁵⁷.

Diferentemente, para a *teoria da univocidade* somente seria possível uma única solução correta, o que situaria os conceitos jurídicos indeterminados no campo da vinculação do administrador.

²⁵⁴ SOUSA, 1994. p. 35.

²⁵⁵ Antônio Francisco de Sousa relaciona como defensores dessa corrente: Lemayer, Laun e Jellinek, cujas posições estão sintetizadas no livro: *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987. p. 80/83.

²⁵⁶ Antônio Francisco de Sousa aponta como defensores dessa corrente: Bühler, Scheuner e Jöhr, cujas posições estão sintetizadas no livro: *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987. p. 78/80.

²⁵⁷ BERNATZIK. *Rechtsprechung um materielle rechtskraft*. Viena, 1886 apud SOUSA, Antônio Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 35.

Na Alemanha, com o fim da Segunda Guerra Mundial, os tribunais se filiaram à *teoria da univocidade*, que passa a ser dominante, consolidando-se o entendimento de que a aplicação da lei contendo conceitos jurídicos indeterminados é uma questão de interpretação, o que permite o seu pleno controle pelos órgãos jurisdicionais competentes.

A explicação para que essa teoria alcançasse a hegemonia é fornecida por Queiró²⁵⁸, para quem cada concepção jurídica paga tributo ao seu tempo, já que os homens que a constroem são seres históricos que sofrem com as contingências e vivem as circunstâncias do momento e do local.

Neste sentido, após o trauma da Segunda Guerra Mundial, se reconheceu que o regime nazista se valia dos conceitos indeterminados presentes na legislação para justificar um exagerado poder discricionário a partir do qual foram cometidas atrocidades sob o amparo da lei.

A partir dessa terrível experiência, preferiu-se optar pela redução drástica da discricionariedade da Administração, como forma de inibir o retorno a períodos sombrios enfrentados pelo povo alemão. Com isso, passou a vigorar a tese de que os conceitos indeterminados constantes nas leis constituíam manifestação do Poder Vinculado do administrador público, o que garantia a possibilidade de controle judicial dos atos praticados com amparo nas normas que continham conceitos dessa natureza.

Assim, era justificável a opção dos tribunais em adotar a *teoria da univocidade*, pois esta permitia um maior controle dos atos administrativos praticados com base em conceitos indeterminados.

²⁵⁸ QUEIRÓ, 1948. p. 19. Uma tal concepção ou doutrina da interpretação está intimamente relacionada com a *Weltanschauung* da época, com as exigências sociais desse momento histórico e, por isso mesmo, com o “conceito” do direito então reconhecido. Não há uma teoria da interpretação com validade universal e intemporal determinada. O critério das construções e das teorias jurídicas é a sua adequação às realidades sociais de cada momento histórico ou de cada país. Assim, uma teoria da interpretação é aceitável se, em tese geral, conduzir, quando correcta e ponderadamente utilizada, às soluções ou resultados em que cada época ou país se esperam dos tribunais e, de um modo geral, dos executores da lei.

Martin Bullinger estabelece em interessante artigo que a partir desse momento histórico “a discricionariedade foi, inclusive, tomada como corpo estranho ao Estado de Direito, muito especialmente no caso da discricionariedade baseada na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados²⁵⁹”, reforçando a idéia adotada pela teoria da univocidade.

Todavia, essa posição adotada ao fim da Segunda Guerra pela doutrina e jurisprudência não durou por muito tempo, e aos poucos ressurgiu a inserção dos conceitos indeterminados na seara da discricionariedade, tendo como justificativa a doutrina da “margem de livre apreciação”, desenvolvida por Otto Bachof.

Para esse autor, deve ser reconhecida em favor da Administração uma área de livre apreciação dos pressupostos de sua conduta, campo de atuação administrativa onde seria impossível uma sindicância judicial.

Ocorre que esse espaço de apreciação não é característica de todos os conceitos indeterminados, sejam eles conceito de *experiência*, de *valor* ou *misto*. Para Bachof, o legislador deverá expressamente dizer quando atribui o espaço de livre apreciação através dos conceitos indeterminados, pois de antemão não existe uma categoria que, *ipso facto*, atribua um espaço de livre apreciação. Essa atribuição pode ocorrer por meio de um conceito de valor, ou de um conceito de experiência.

O referido autor faz, ainda, uma distinção entre a *interpretação* e a *aplicação* dos conceitos indeterminados no caso concreto. Para ele a *interpretação* seria a averiguação do seu conteúdo, ou seja, seria sempre uma questão de direito, totalmente submetida ao controle jurisdicional. Do mesmo modo, a constatação real dos fatos é, sem margem para dúvidas, controlável pelos tribunais.

²⁵⁹ BULLINGER, Martin. *A discricionariedade da administração pública*. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. 30, n.2, p. 3/23, abr./jun. 1987. p. 7/8.

Por outro lado, a *aplicação*, isto é, a subsunção dos fatos a um conceito indeterminado, seria diferente. Na aplicação deve-se averiguar se a lei quer ou não atribuir à autoridade administrativa um espaço de apreciação.

Carl Hermann Ule desenvolveu a doutrina da sustentabilidade²⁶⁰ segundo a qual a idéia de que a decisão tomada pela autoridade administrativa - e que se mantém no quadro da sustentabilidade - deve ser considerada conforme o Direito, se, na aplicação de um conceito jurídico indeterminado, mais soluções forem sustentáveis²⁶¹.

Na mesma direção aponta, embora de maneira reservada, a doutrina da “prerrogativa estimatória”, exposta por Wolff, que sustenta que se o conceito jurídico indeterminado requer uma estimativa, particularmente com respeito a futuros desenvolvimentos, que não poderiam ser seguidos e, com isso, controlados pelos tribunais, deve ser tomada por base, justamente, a estimativa da autoridade²⁶².

6.1.1 A jurisprudência alemã contemporânea

Por sua vez, a Corte Constitucional alemã vem garantindo à Administração Pública certa “margem de apreciação” própria (no domínio da incerteza conceitual)²⁶³, com a jurisprudência germânica reconhecendo algumas exceções à sindicabilidade da aplicação de certos conceitos imprecisos.

²⁶⁰ A teoria de Ule também é conhecida como teoria da sustentabilidade, defensabilidade, fungibilidade ou representatividade, foi com algumas modificações sustentadas por Hans, Pietzonke, K. Meyer, Libler, Leb, Bender, N. Achterberg, entre outros e continua a ter grande número de adeptos. SOUSA, 1994. p.51.

²⁶¹ ULE, Carl Hermann. *Zur anwendung unbestimmer rechtsbegriffe in verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955. p. 309 e ss. Apud SOUSA, 1994. p.50.

²⁶² WOLFF, H. Bachof. *Verwaltungsrecht*. Munique, p. 188 e ss. Apud MAURER, Hartmut. *Droit administratif allemand*. Tradução de Michel Fromont. Paris: L.G.D.F., 1994. p. 138/139.

²⁶³ SOUSA, 1994. p.49.

Hartmut Maurer exemplifica essa posição jurisprudencial com as seguintes situações: decisões administrativas a cargo de comissões independentes compostas por especialistas e representantes de interesses diversos, decisões concernentes a prognósticos e avaliação de riscos em matéria ambiental e econômica e decisões referentes à política administrativa. Em todos esses casos prevalece a significação atribuída pelo administrador a conceitos como “publicação perigosa para a juventude”, “medidas de prevenção de riscos inerentes à exploração de centrais nucleares” e “necessidade do serviço”²⁶⁴, não se admitindo o controle judicial dessas decisões administrativas.

Contudo, essa conduta não implica ausência de controle judicial sobre as regras de procedimento, a constatação exata dos fatos, a não consideração de fatores estranhos à matéria e os critérios de apreciação geralmente admitidos.

Por fim, fazendo um panorama do controle dos atos administrativos praticados com base em conceitos jurídicos indeterminados, constatamos que inicialmente, na doutrina alemã, reconhecia-se uma “margem de apreciação” imune ao controle judicial, o que funcionava a favor da Administração e constituía, na realidade, o reconhecimento de que a lei, ao utilizar conceitos imprecisos, estava dotando o administrador de um Poder Discricionário.

Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a considerar que mesmo a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estava sujeita ao controle judicial, e com isso adotou-se na realidade a posição da doutrina que relacionava esses conceitos a uma manifestação de Poder Vinculado do administrador, ou seja, a lei, ao se valer desse tipo de conceito, quase não reconhecia margem de apreciação subjetiva ao administrador.

²⁶⁴ MAURER, Hartmut. *Droit administratif allemand*. Tradução de Michel Fromont. Paris: L.G.D.F., 1994. p. 142/144.

Atualmente, cresce a tese de que as normas nas quais estão presentes conceitos vagos pendem para a concessão de discricionariedade ao administrador e não para a sua vinculação, pois vem se reconhecendo novamente a necessidade daquela margem de apreciação em determinadas situações, pois sem ela corre-se o risco de ineficiência da Administração.

Com isso, conclui-se que a questão não é pacífica, e que o debate no direito germânico é bastante acirrado.

6.2 Direito Espanhol

Os conceitos jurídicos indeterminados começaram a ser estudados na Espanha em 1962, na obra de Garcia de Enterría, publicada na Revista de Administración Pública, com o título: *La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*²⁶⁵.

Desde esse período, diversos autores enfrentaram o tema sob as mais variadas formas, contribuindo para o enriquecimento doutrinário e jurisprudencial que até hoje encontramos no direito espanhol. Neste trabalho analisaremos somente o entendimento daqueles que, a nosso juízo, mais contribuíram para o estudo dos conceitos jurídicos indeterminados.

O primeiro deles, García de Enterría, é um defensor da vinculação positiva da Administração ao princípio da legalidade, no sentido de que a Administração somente poderá fazer aquilo que positivamente a lei lhe permite.

Diante da estrita vinculação da Administração à lei, defende esse autor que mesmo perante o exercício dos poderes discricionários a Administração deverá

²⁶⁵ GARCIA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*. Revista de Administración Pública. n°38, 1962.

observar os ditames legais. Assim, a Administração estaria vinculada a pelo menos quatro elementos: existência do poder, sua extensão, competência e fim. Pode ainda estar vinculada relativamente a outros elementos como a forma do ato, o tempo ou, ainda o fundo²⁶⁶.

Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, o autor espanhol conclui que a Administração não exerce um poder discricionário, o que gera como consequência a impossibilidade de liberdade de escolha. Segundo ele, “trata-se de um processo regulado que se esgota num processo intelectual de compreensão de uma realidade, na qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador da lei²⁶⁷”.

Com isso, o juiz poderá atuar de modo ilimitado, ao decidir qual será a melhor aplicação do conceito, exercendo a sua função interpretativa e aplicativa da lei. Escreve ele que:

Todo o poder discricionário se apóia numa realidade de facto... e acontece que a realidade é sempre uma e só uma: não pode ser e não ser ao mesmo tempo, ou ser simultaneamente de uma maneira ou de outra. (...). A realidade como tal, se se produziu o facto e como se produziu ... não pode ficar ao arbítrio da Administração²⁶⁸.

Sustentando sua tese, Enterría afasta a teoria da “margem de apreciação”, pois, para ele o que existe é uma zona de difícil controle que não se identifica com a idéia de isenção de controle, de modo que se deveria *maximizar o controle jurisdicional dos atos administrativos*, com o objetivo de reduzir a arbitrariedade do poder administrativo, nunca devendo “confundir a presença dos conceitos jurídicos indeterminados nas normas que a Administração aplica com a existência de poderes discricionários²⁶⁹”.

²⁶⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. p. 392/393.

²⁶⁷ Ibid, p. 394.

²⁶⁸ Ibid p. 395.

²⁶⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, 1962. p. 32/33.

Com efeito, Enterría sustenta que os conceitos jurídicos indeterminados, sejam de experiência ou de valor, referem-se sempre a supostos concretos, e remetem para uma única solução justa, o que submete a aplicação dos conceitos pelo administrador público à plena sindicabilidade do Judiciário.

Em outra obra, Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernández²⁷⁰ complementam tal questão, justificando que a lei não determina com exatidão os limites dos conceitos jurídicos indeterminados por se tratar de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosa, porém, em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese da realidade, a qual, não obstante a indeterminação do conceito admite ser determinada no momento da aplicação.

Assim, o aplicador da norma, mesmo estando diante de conceitos indeterminados localizados na zona de incertezas, deverá trazê-lo na zona de certeza, de maneira a encontrar a solução mais justa; enfatizam que:

A lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito, ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou a improbidade ou não se faltou. *Tertium nom datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma “unidade de solução justa” em cada caso²⁷¹.

Com isso, concluem os citados autores que não se deve confundir conceito indeterminado com discricionariedade, uma vez que a aplicação do conceito só

²⁷⁰ ENTERRÍA, 1990. p. 393.

²⁷¹ ENTERRÍA, 1990. p. 393.

permite uma solução justa, ao passo que a discricionariedade permite uma pluralidade de soluções justas. Nesse sentido, ao aplicar o conceito estará o Poder Judiciário realizando a única interpretação da lei naquele caso em concreto.

Enterría aduz que a figura dos conceitos jurídicos indeterminados não corresponde a uma construção teórica, mas sim a uma técnica que os legisladores implementam para elaborar as leis, cabendo ao judiciário determinar se a hipótese de fato discutida se acomoda ou não em determinado tipo de conceito, ao qual a lei conferiu alguma consequência jurídica²⁷².

O referido autor, influenciado pela doutrina alemã, não aceita a assimilação dos conceitos jurídicos indeterminados como fonte normativa da discricionariedade. Embora situada no campo significativo da incerteza pelo conceito, a sua aplicação é passível de amplo controle de legalidade, pois cabe ao juiz, como ocorre em qualquer situação, reconduzir o caso concreto à zona de certeza, seja positiva, seja negativa, ratificando ou não, em vista dos elementos de prova, o processo cognitivo empreendido pelo administrador, em que não lhe é atribuído qualquer liberdade de decisão, típica da discricionariedade.

Posteriormente, no seu livro *Democracia, jueces y control de la Administracion*, Enterría apresenta uma distinção entre conceitos de experiência e conceitos de valor, afirmando que em relação aos primeiros, em que se discute a apreciação dos fatos, a competência do controle do juiz é ilimitada, ao passo que quanto aos conceitos de valor não existe o controle exclusivo pela apreciação dos fatos, senão aqueles que implicam juízos de valor, que podem ser técnicos (impacto ambiental) ou políticos (interesse público, utilidade pública).

Esses conceitos de valor proporcionam a primeira e decisória apreciação pela Administração de uma certa presunção em favor de seu juízo, que se entende

²⁷² ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la Administracion*. Madri: Civitas, 1998. p. 134/135.

realizado, em princípio, a partir de uma posição formalmente objetiva e em virtude de meios técnicos e critérios políticos que, na prática, só negativamente, quando o erro e a arbitrariedade podem ser positivamente demonstrados, não de ser controlados pelo juiz²⁷³.

Sustenta, por fim, que é possível o controle jurisdicional da aplicação da norma que contém conceitos jurídicos indeterminados, por mais amplo que seja o “halo conceitual”, pois, sustenta o controle jurisdicional sob a ótica do princípio democrático, uns dos pilares do Estado de Direito os quais estruturam a submissão da administração à lei (a proteção da legalidade) e a defesa dos direitos do cidadão²⁷⁴.

Assim, esse controle é sempre uma questão jurídica, na medida em que esses conceitos procedem das leis e da Constituição. Fernando Sainz Moreno, Wolff, Bachof e Stober também entendem que a interpretação de um conceito legal indeterminado é, como toda interpretação, uma questão jurídica e, portanto, passível de controle²⁷⁵.

Outro doutrinador espanhol de porte é Sainz Moreno, que adota como ponto central de sua tese a idéia de os conceitos jurídicos indeterminados comportam somente uma única solução possível, a qual pode ser controlada judicialmente sem que tal aplicação/interpretação do conceito implique em uma mera substituição de critérios, mas o sistema jurídico-político sempre busca uma solução justa. Assim, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados não representa atribuição da faculdade de escolher discricionariamente uma das várias soluções possíveis prevista na lei, mas sim um dever de alcançar uma única solução justa; essa posição doutrinária reduz o Poder Discricionário do

²⁷³ Ibid, p. 137.

²⁷⁴ Ibid, p. 35.

²⁷⁵ Ibid, p. 244.

administrador e, através da defesa da possibilidade de controle jurisdicional, elimina a arbitrariedade²⁷⁶.

Com isso, sua teoria permite uma viabilidade de formulação de juízos com coerência lógica no direito, processo que desencadeia uma solução justa, a qual, ao final, determinará o conteúdo normativo da norma jurídica. A indeterminação conceitual não inviabiliza a veracidade dos juízos, ao contrário, diante de um conceito indeterminado, o intérprete (o administrador público) somente no caso concreto é que pode dizer se o mesmo é ou não aplicável, decisão essa juridicamente controlável²⁷⁷.

Esse jurista espanhol entende que a decisão discricionária “é aquela que se toma entre duas ou mais soluções, todas igualmente válidas para o direito”, ou seja, parte da idéia de que a discricionariedade pura só existe quando o critério da decisão deixa de ser jurídico e passa a ser político²⁷⁸.

Conclui ele que aos tribunais compete exercer o controle dos atos administrativos sempre observando os princípios jurídicos do Direito Administrativo. Diante dessa tese, subtende-se que se cabe aos tribunais controlar a violação a princípios jurídicos – que são normas jurídicas de amplo espectro e de largo alcance – cabe a eles também controlar os conceitos jurídicos indeterminados, que, não há como negar, detêm alcance que não pode ser pré-definido²⁷⁹.

Com isso, assinala Moreno que cabe ao juiz decidir o que é justo e à Administração Pública cabe obrar com justiça, diferença essa salutar que

²⁷⁶ SAINZ MORENO, 1976. p. 307.

²⁷⁷ Ibid, p. 308.

²⁷⁸ SAINZ MORENO, 1976. p. 307. “ Decisión discrecional es aquella que se toma entre dos o más soluciones, todas igualmente válidas para el derecho”.

²⁷⁹ Ibid, p. 353.

generaliza e amplia a competência jurisdicional, de modo a fazê-la alcançar o ato administrativo em todos os seus aspectos.

Defendendo pensamento contrário ao da maximização do controle da Administração, Miguel Sánchez Morón, em sua obra *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, reafirma a importância da discricionariedade e redimensiona a função administrativa no Estado Democrático contemporâneo²⁸⁰.

De acordo sua teoria, o controle jurídico da discricionariedade está estritamente delimitado ao tradicional controle do desvio de poder, a verificação da existência de fatos determinantes, ao erro de direito e ao controle através dos princípios gerais de direito²⁸¹.

Sánchez Mórón adota um conceito amplo de discricionariedade²⁸², que consiste na impossibilidade do legislador prever todas as situações da aplicação da lei, o que gera liberdade para a função administrativa.

Segundo ele, a Administração Pública deverá sempre trabalhar em função do interesse público nunca sobrepondo os interesses da autoridade ao da coletividade, pois, a liberdade dada pelo legislador ao administrador público tem a função de equilibrar a necessidade do respeito dos direitos dos cidadãos com o imperativo de uma boa administração, ou seja, os interesses da autoridade deverão sempre estar conectados aos interesses gerais do cidadão usuário dos interesses públicos²⁸³.

²⁸⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos. 1995. p.154.

²⁸¹ Ibid, p.132/133.

²⁸² Em oposição ao conceito amplo existe o conceito reducionista de discricionariedade.

²⁸³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos. 1995. p.121.

Com isso, Sánchez Mórón defende a ampliação do espaço de atuação do administrador, cujo objetivo seria atuar na garantia dos deveres da boa Administração dentro da função da discricionariedade no Estado de Direito; noutros termos, Mórón fundamenta a discricionariedade na necessidade funcional da Administração, a qual permite o funcionamento mais eficiente da máquina administrativa.

Mórón questiona ainda o sentido da vinculação positiva à lei (legalidade) e sustenta que a doutrina atual tende a se afastar desse postulado e a se aproximar da tese da vinculação meramente negativa da Administração, de acordo com a qual a norma jurídica é apenas um limite à atividade administrativa, não existindo uma resposta pronta prevista pela lei, fenômeno que permite, por via de consequência, que o administrador encontre nas normas apenas orientações gerais.

Todo esse pensamento deságua na idéia de que a Administração Pública não tem como função apenas executar as leis, mas também satisfazer o interesse público com submissão à lei e ao direito²⁸⁴.

Em consequência dessa visão ampliativa do conceito de discricionariedade é que Mórón justifica a liberdade de atuação do administrador sempre sob o argumento da satisfação do interesse público, vido a defender a redução do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, situando os conceitos indeterminados no âmbito da liberdade de conformação do administrador.

Nesta seara, o autor coloca os conceitos jurídicos indeterminados como espécie da discricionariedade técnica, conforme podemos verificar *in verbis*:

Em muitos casos esta atividade está delimitada ou guiada por conceitos jurídicos indeterminados (mérito e capacidade, justo preço, oferta mais vantajosa). No entanto, como se disse, a concreção destes conceitos é com enorme freqüência incerta e opinável. Por

²⁸⁴ Ibid, p.110/111.

isso, salvo crassos erros de apreciação, não seria conforme ao direito substituir a opinião dos técnicos da administração por aquela que o juiz possa formar no processo ouvindo a outros técnicos distintos. Do contrário, estar-se-ia transferindo a discricionariedade técnica da administração aos juízes²⁸⁵.

Em conclusão, podemos afirmar que Sánches Morón adota a mesma orientação metodológica seguida por García de Entrría e Tomás-Ramón Fernández, ou seja, todos invocam a estrutura do Estado Democrático de Direito para fundamentar suas teses, contudo, divergem quanto aos limites de sindicabilidade dos atos administrativos.

Tanto García de Entrría quanto Sanches Morón mencionam o princípio democrático em suas obras, o primeiro ao afirmar que este impõe um controle efetivo da Administração, ao passo que para o segundo a legitimação democrática do Executivo justifica uma margem mais larga de atuação discricionária²⁸⁶.

6.3 Direito Português

Em Portugal podemos destacar na doutrina praticamente duas teorias acerca do controle dos conceitos jurídicos indeterminados.

A primeira delas, defendida por Ehrhardt Soares, Afonso Queiró, Sérvulo Correia, Gomes Canotilho e Gonçalves Pereira, submete a generalidade dos conceitos indeterminados ao controle total do Judiciário, mas acaba por reconhecer que o emprego pelo legislador de alguns desses conceitos significa o reconhecimento a favor da Administração de liberdade discricionária.

²⁸⁵ Ibid, p.129. “En muchos casos esta actividad está delimitada o guiada por conceptos jurídicos indeterminados (mérito y capacidad, justo precio, oferta más ventajosa). Pero, como se ha razonado, la concreción de estos conceptos es con enorme frecuencia incierta e opinable. Por eso, salvo crasos errores de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la administración a los jueces.”

²⁸⁶ SICCA, 2006. p .100.

A outra corrente doutrinária, defendida por Marcelo Caetano e Freitas do Amaral, nega a existência de discricionariedade na norma que contém conceitos vagos e afirma que a interpretação e a aplicação desses conceitos configuram uma situação de Poder Vinculado.

Defendendo a tese da existência de discricionariedade nos conceitos vagos, Ehrhardt Soares reconhece quatro tipos desses conceitos: *descritivos* ou *empíricos*, *imprecisos de natureza jurídica*, *definíveis em consideração de circunstâncias de tempo e lugar* e, por último, *conceitos imprecisos-tipo* ou *conceitos imprecisos em sentido estrito*²⁸⁷.

Segundo esse autor, os conceitos *descritivos-empíricos* são aqueles cujo conteúdo não se apresenta de forma clara e imediata ao intérprete, mas que lhe permitem fixar o seu significado de forma objetiva por meio da experiência comum ou dos seus conhecimentos científicos e técnicos sobre certa área. Temos como exemplo os conceitos de “noite”, “primavera” e “incapacidade de trabalho” (provocada por um acidente). Note-se que a interpretação desses conceitos pode ser uma só, embora dada por diversos órgãos, o que não afasta a interpretação final do Judiciário para analisar a correta aplicação da norma²⁸⁸.

Os conceitos *imprecisos de natureza jurídica* são conceitos que fazem referência a figuras jurídicas de limites elásticos, como os termos “funcionário público”, “legítimo possuidor”. Esses não demandam conhecimentos de experiência comum ou especializada, contudo, podem ser preenchidos com grande grau de objetividade pelo intérprete, o que não impede também que o juiz refaça a interpretação.

²⁸⁷ EHRAHRDT SOARES, Rogério. Direito Administrativo. *Lições ao curso complementar de ciências jurídico-políticas da Faculdade de Direito de Coimbra do ano de 1977/78*. Coimbra, 1978. p. 59 e ss.

²⁸⁸ SOUSA, 1994. p. 87/88.

Os conceitos *definíveis em consideração de circunstâncias de tempo e de lugar* se referem aos costumes como os “usos da terra”, ou a “praxe administrativa”; esses conceitos não permitem nenhuma liberdade à Administração e o Judiciário deve realizar a determinação desses conceitos.

Já, os conceitos *imprecisos-tipo* ou conceitos *imprecisos em sentido estrito* para o autor português são:

Diferentemente dos anteriores, conceitos que não apontam para uma classe de situações individuais, mas invocam um tipo difuso de situações de vida, um domínio de fatos ou valores em relação ao qual os acontecimentos concretos se projetam apenas como manifestações ou expressões²⁸⁹.

Outra contribuição importante da doutrina de Ehrhardt Soares foi a localização do conceito indeterminado na norma²⁹⁰.

Para ele no campo do domínio da *hipótese legal*²⁹¹ existem dois planos de imprecisão: um que permite o reconhecimento concreto da situação nos seus elementos puramente fáticos (exemplo saber se houve inundação) e outro que permite a valoração da situação (por exemplo, saber se a inundação é grave).

Diante dessa classificação conclui o jurista português que no primeiro caso há vinculação e no segundo discricionariedade. Por outro lado, no campo do domínio da estatuição²⁹², os conceitos imprecisos atribuem em princípio, um

²⁸⁹ Ibid, p. 89.

²⁹⁰ EHRAHRDT SOARES, 1978.p. 70 e ss.

²⁹¹ Na conhecida fórmula “Se A, deve ser B”, a hipótese legal seria o A. Lembramos que a hipótese legal é também chamada de condição de aplicação, hipótese de fato, fattispecie (Itália), tatbstand (Alemanha), operative facts (Inglaterra).

²⁹² Na conhecida fórmula “Se A, deve ser B”, a estatuição seria o B. Lembramos que a estatuição é também chamada de consequência, dispositivo, preceito, disposizione, (Itália), rechtsfolg (Alemanha).

poder discricionário, todavia, excepcionalmente, poderá constituir um poder vinculado²⁹³.

Sérvulo Correia²⁹⁴ adota a tese de que discricionariedade é uma liberdade atribuída à Administração de escolha de condutas igualmente lícitas e repugna a idéia de que a discricionariedade seria uma operação intelectual de preenchimento de conceitos vagos ou indeterminados que o legislador utiliza, ou de normas técnicas para que remete.

Entende o autor que a *discricionariedade técnica* pode conter duas realidades distintas: os conceitos vagos ou indeterminados e os conceitos técnicos. Os conceitos indeterminados não atribuem uma verdadeira discricionariedade, pois, permite que a Administração realize uma interpretação da lei ou um juízo de existência dos fatos que podem ser passíveis de controle pelo tribunal.

O ponto mais importante defendido pelo autor é a delimitação da fronteira entre a enunciação legal de pressupostos do ato administrativo (mesmo que através de conceitos indeterminados suscetíveis de interpretação, em princípio unívoca) e a utilização de tais conceitos como fórmula técnica e destinada a reconhecer a Administração liberdade na escolha de alguns pressupostos.

Utiliza como exemplo a “grave calamidade pública” que para ele constitui um conceito indeterminado que atribui um poder discricionário à Administração, pois o emprego do adjetivo “grave” leva o administrador a um entendimento unívoco de uma situação objetiva, o que fica a critério da Administração a definição dos pressupostos, exercendo com isso seu poder discricionário. Com isso, conclui o autor que certos conceitos indeterminados atribuem poder

²⁹³ Observa-se que para a concepção dominante dos países germânicos os conceitos legais indeterminados se localizam no Tatbestand enquanto que a discricionariedade se localiza na estatuição.

²⁹⁴ CORREIA, Sérvulo. *Lições de Direito Administrativo*. Lisboa, 1982. p. 213.

discricionário à Administração que não são suscetíveis de controle pelo poder judicial²⁹⁵.

Gomes Canotilho sustenta a tese de que a concretização dos conceitos indeterminados leva a uma tarefa de interpretação no sentido de se apurar a “solução correta” prevista na lei²⁹⁶. Com isso, acaba reconhecendo um forte movimento no sentido de aproximar a aplicação dos conceitos indeterminados do exercício do poder discricionário, não havendo dúvidas em afirmar que o princípio fundamental é o de que a aplicação dos conceitos indeterminados deve se orientar pela procura, por via interpretativa, do seu sentido juridicamente correto.

Para o renomado jurista português, o controle é total quanto à identificação semântica dos enunciados lingüísticos, enquanto que em relação à indeterminação fática o controle é normal, semelhante aquele exercido nos casos de atribuição do poder discricionário²⁹⁷. Mas, aduz ainda o autor que quando o intérprete define os conceitos legais indeterminados ele não exerce o poder discricionário, e sim uma prerrogativa de avaliação conducente a uma maior liberdade na redução das incertezas de fato na sua aplicação.

Essa prerrogativa de avaliação constitui uma atividade discricionária de complementação de pressupostos formulados através de conceitos legais indeterminados²⁹⁸.

²⁹⁵ CORREIA, 1982. p. 234.

²⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 56.

²⁹⁷ Ibid, p. 204.

²⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fidelidade à República ou fidelidade à NATO*. Revista da Faculdade de Direito de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Rodrigues Queiró. I. 1984. p. 192.

André Gonçalves Pereira aborda que a discricionariedade não deve ser presumida, deve resultar sempre da vontade expressa do legislador, ou seja, do reconhecimento pelo direito de várias soluções igualmente válidas, cuja escolha da medida a ser adotada advém da vontade justificada do agente.

Acrescenta ele que o poder discricionário e a interpretação não se confundem, pois, na interpretação o agente não pode usar o seu próprio critério, mas deve interpretar e aplicar o critério normativo que sempre levará ao sentido unívoco da lei dependendo da cada circunstância, mesmo que na prática seja difícil a obtenção desse resultado. Conseqüentemente, não haveria discricionariedade na qualificação jurídica dos fatos, mesmo que a norma apresente conceitos vagos. Com isso, conclui o autor que a discricionariedade técnica não é uma discricionariedade propriamente dita, pois sua aplicação encerra-se no âmbito da interpretação da lei²⁹⁹.

Por seu turno, Afonso Rodrigues Queiró ao longo de seus estudos apresenta variações em seu pensamento que levam a conclusões distintas sobre os conceitos jurídicos indeterminados esse tema. Dois trabalhos definiram as suas posições sobre o tema: *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, obra de 1942³⁰⁰ e *O Poder Discricionário da Administração*, livro publicado em 1944³⁰¹.

No primeiro trabalho o autor defende a existência de discricionariedade na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados; todavia, no segundo o autor altera seu entendimento e afirma que o poder discricionário não se confunde com os conceitos vagos ou indeterminados.

²⁹⁹ PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962. p. 220 e ss.

³⁰⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Estudos de Direito Público, v. I – Dissertações, p. 112.

³⁰¹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. Coimbra: Coimbra, 1948.

Diante da cronologia das obras, resta claro que a última publicação reflete a última posição do autor. Porém, o trabalho publicado em 1942 foi novamente publicado em Portugal no ano de 1989, o que restabeleceu o entendimento anterior, vale dizer, o autor voltou a admitir a existência de um Poder Discricionário nos conceitos indeterminados.

Queiró sustenta que a lei é a tradução dos conceitos e assim apresentava os conceitos jurídicos indeterminados estabelecidos nas leis:

O agente desenvolve primeiro uma atividade interpretativa e, visto como a norma realmente, por impossibilidade lógico-natural, não consegue tudo regular em forma absolutamente especificada e detalhada, a atividade interpretativa do agente administrativo, socorrida de todos os meios que indique uma correta teoria da interpretação das leis administrativas, chega a um ponto em que não tem mais que verificar a incerteza da vontade legal. No fim das contas, decorrido o processo interpretativo, fica sempre ao órgão um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação da sua competência, e, portanto, também do conteúdo do seu agir. A interpretação defronta-se com duas espécies terminológicas e conceituais: conceitos de determinação definível, e conceitos de significação exata indeterminada. Estes últimos são mais corretamente designáveis por “plurissignificativos”, pois comportam um número limitado de significações igualmente possíveis, e não um número indefinido delas³⁰².

Da transcrição acima podemos concluir que Queiró distingue os conceitos *teóricos* ou *unissignificativos*, inerentes à realidade empírica, e ao mundo do ser, dos *conceitos práticos* ou *plurissignificativos*, típicos do mundo do dever ser e do mundo da sensibilidade. Nos primeiros, existe a vinculação, nos últimos a discricionariedade.

Ainda segundo Queiró, quanto os conceitos *teóricos* a lei utiliza palavras que são baseadas na concepção científica de “verdade”, ou seja, que pressupõem efeitos da aplicação do princípio causalista inerente às ciências exatas e médicas e das categorias de espaço e tempo, ou ainda o conceito de número (quantidade). Decorrido o processo interpretativo, não pode existir como

³⁰² QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.6, out. 1946, p. 56.

verdade mais do que uma única e exata conclusão; são os conceitos das ciências empírico-matemáticas, de contornos absolutamente individualizáveis, com valor objetivo e universal. Nesses conceitos não há espaço para a discricionariedade³⁰³.

Quando a lei utiliza esses conceitos, não deixa discricionariedade à Administração, embora possa deixar margem a dúvidas, que, porém, o intérprete sempre tem condições de desfazer, utilizando os processos da hermenêutica administrativa. A discricionariedade ganha espaço quando circunscrita aos conceitos de valor utilizados na norma jurídica, ou aos conceitos *não teóricos*, ou seja, os *práticos* ou *plurissignificativos*.

Nesses, o mundo ou o setor da realidade é o da sensibilidade, da razão prática, lugar dominado pela incerteza, pelo parecer de cada um, onde não existe uma lógica de valor universal, mas concepções individuais, não-científicas, subjetivas; então, o juízo de subsunção não mantém já o mesmo caráter de necessidade lógica, de categoricidade³⁰⁴. Neste caso, deve se entender que o legislador, ao lançar mão desse tipo de conceito para redigir a norma, concedeu Poder Discricionário ao administrador.

Outra teoria muito adotada pelo Tribunal Administrativo de Portugal é a desenvolvida na Escola de Lisboa pelo professor Freitas do Amaral, qual seja, a tese da *discricionariedade imprópria*³⁰⁵ que ele divide em *liberdade probatória*, a *discricionariedade técnica* e a *justiça administrativa*.

A *liberdade probatória* é verificada quando a lei atribui à Administração a faculdade de interpretar e avaliar as provas de acordo com a sua própria convicção; nesta hipótese, existe uma margem de livre apreciação que,

³⁰³ Ibid, p. 60.

³⁰⁴ Ibid, p. 61.

³⁰⁵ FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Direito Administrativo*. Lisboa, 1983, vol. II. p. 258 e ss.

entretanto, não se confunde com a discricionariedade, pois, não há liberdade de escolha entre várias soluções igualmente possíveis; nada obstante, apesar de não haver manifestação de Poder Discricionário, não existiria possibilidade de controle jurisdicional³⁰⁶.

Na *discricionariedade técnica* a lei não remete para critérios técnicos, mas a Administração pode optar pela utilização desses critérios. Essa espécie não é uma verdadeira discricionariedade porque a Administração não tem a liberdade de escolher uma dentre várias soluções igualmente possíveis, haja vista que para o administrador existe uma única solução possível, ou seja, aquela imposta pelo dever da boa administração. Nesse caso, não há poder discricionário, mas também não existe vinculação legal³⁰⁷.

A terceira forma de discricionariedade imprópria é aquela que se dá na hipótese em que o administrador deve proferir decisões baseadas em critério de *justiça administrativa*, como nas avaliações de funcionários públicos e na graduação de penas disciplinares. Essas decisões não são controláveis pelos tribunais, por possuírem características íntimas da atividade administrativa³⁰⁸.

Permitimo-nos aqui um parêntese para destacar que no Brasil não há dúvidas de que o ato que impõe pena a servidor público pode sofrer o controle judicial fundado no Princípio da Proporcionalidade, para evitar aplicação de penas muito graves a infrações funcionais de baixo poder ofensivo, conforme o Supremo Tribunal Federal³⁰⁹.

Marcello Caetano também relaciona a discricionariedade ao problema da interpretação e com isso defende a idéia da inexistência de discricionariedade

³⁰⁶ Ibid, p. 224 e ss.

³⁰⁷ Ibid, p. 330 e ss.

³⁰⁸ Ibid, p. 333 e ss.

³⁰⁹ Ver STF no RMS 24.901/DF, rel. Ministro Ayres Britto, DJU de 11/02/2005, p. 13.

no caso dos conceitos vagos; assim, o ato administrativo praticado com base nesses conceitos não seria discricionário, uma vez que esses elementos gramaticais inseridos na lei não conferem liberdade ao administrador³¹⁰.

Antônio Francisco de Sousa defende a tese de vinculação total do administrador público no caso de normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados; diante disso, o ato praticado sofre o que esse jurista denomina de “controle jurisdicional ocasionalmente limitado”. Nesse tipo de controle, a vinculação existe, porém, o ato se submete a uma fiscalização por parte de outros órgãos administrativos (não jurisdicionais)³¹¹.

As conclusões apontam o seguinte caminho:

Para o particular: a vinculação dos conceitos jurídicos indeterminados e seu controle pelos tribunais representam uma maior e mais perfeita efetivação da sua proteção jurídica, especialmente no que concerne aos seus direitos fundamentais. São reforçados, antes de mais nada, a imparcialidade da Administração, o tratamento igualitário dos cidadãos e a Justiça da própria decisão da Administração.

Para a Administração: a vinculação dos conceitos jurídicos indeterminados e seu controle pelos tribunais estão longe de representar uma diminuição ou enfraquecimento do papel da Administração, ou um entrave à sua atividade. O controle judicial fortalece a ação administrativa. A Administração é forçada a um maior e mais profundo estudo e ponderação das decisões que adota, afasta-se a corrupção, com o incremento da justiça e da imparcialidade da atuação administrativa³¹².

Portanto, consoante se pode observar, a doutrina portuguesa não tem uma posição definitiva e unânime, pois ao se deparar com conceitos jurídicos indeterminados no texto legal, há autores que defendem a discricionariedade, outros defendem a prevalência da vinculação do administrador.

³¹⁰ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina. 1991. p. 489.

³¹¹ SOUSA, 1994. p. 223 e ss.

³¹² Ibid, p. 235 e ss.

CAPÍTULO VII

7. O juiz como agente da jurisdição: a questão do poder de interpretar

Como dissemos no início desta Dissertação, para o juiz exercer o seu papel como agente da jurisdição ele deve, evidentemente, aplicar a lei. Entretanto, não podemos nos esquecer que para que essa operação se realize o juiz precisa primeiramente extrair o sentido da lei, ou seja, saber o que a lei “diz”, o que somente pode ocorrer após uma atividade intelectual a que se convencionou chamar de *interpretação*.

Permitimo-nos usar a seguinte imagem: a lei (preceitos, disposições, textos) é a embalagem e a norma é o conteúdo embalado. A interpretação consiste, portanto, em decifrar esse conteúdo, ou seja, exige compreensão dos signos lingüísticos (o texto da lei) para que seja revelada a norma jurídica neles contida.

Ocorre que atualmente não se desconhece que interpretar não é apenas revelar o que a lei diz, pois a interpretação jurídica é composta por atos de compreensão e de reprodução da obra do legislador³¹³.

Isso se dá porque, assim como a música não é apenas a partitura, exigindo, para que ela se concretize, um artista que a execute, o Direito não se limita aos sinais gráficos que compõe a lei, pois somente passa a existir quando alguém a interpreta. Ou seja, a interpretação em Direito possui uma natureza criativa alográfica:

³¹³ GRAU, Eros. *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*. Barcelona: Bosch, 1998.p. 67/68. A interpretação é um meio de expressão de conteúdos normativos das disposições, pelo qual os juízes descobrem as normas contidas nas disposições. Portanto, as normas são resultados da interpretação e podemos dizer que elas, como disposições, não dizem nada, elas dizem que os intérpretes dizem que elas dizem.

"O Direito é alográfico na medida em que o texto normativo não se completa no sentido impresso pelo legislador, mas sim quando o seu sentido é produzido pelo intérprete."³¹⁴

Assim, o texto normativo é alográfico, motivo pelo qual a “descoberta” por parte do intérprete, do sentido da lei, na verdade significa uma *criação*. Entretanto, não se trata de uma criação livre porque o intérprete está submetido a *limites substanciais e processuais*, consoante o magistério de Mauro Cappelletti³¹⁵.

7.1 Os limites impostos aos juízes

O Judiciário é um Poder do Estado e todo poder precisa ser controlado pela sociedade.

Partindo deste pressuposto, fica claro que não é possível que a jurisdição seja exercida de forma completamente livre, ao bel-prazer dos intérpretes. Decorre daí a necessidade de haver limites.

7.1.1. Limites substanciais

O primeiro dos limites substanciais se perfaz na obrigação de que a decisão proferida pelo juiz tenha vinculação com o texto da lei; este dever se encontra estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro nos art. 5º, II, da CF; art. 4º da LICCB; e art. 126, segunda parte, do CPC.

Neste quadro normativo, não existe espaço para o exercício de um poder discricionário por parte dos juízes, pois o que lhe é permitido – e exigido – é interpretar e aplicar a lei. A discricionariedade é um poder que a sociedade outorgou apenas ao Executivo e ainda assim só faz sentido se exercido em prol do interesse público.

³¹⁴ FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Verbo Jurídico, 2006, p. 24.

³¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993. p. 75.

A título de exemplo, observe-se que quando o juiz reconhece que em determinada relação jurídica processual estão presentes os requisitos exigidos para a concessão de uma tutela antecipada, ele é obrigado a concedê-la, pois, não existe discricionariedade judicial³¹⁶.

Nessa linha, entendeu o STF no HC 75.739-5 - SP, rel. Marco Aurélio, julgado em 02.12.1997:

“É incompatível com o exercício judicante a prática de ato discricionário. Impõe-se a observância do princípio da legalidade, atuando o agente do Poder Judiciário a partir do arcabouço normativo existente. Mitigação do sentido vernacular do verbo poder (poderá), emprestando-lhe alcance compatível com o sistema jurídico nacional.”

Outro limite material imposto ao juiz se materializa na obrigação de que a decisão seja fundamentada (motivada), que esses fundamentos estejam explicitados na decisão e sejam racionais (art. 93, IX, da CF). É o que se denomina motivação racional da decisão.

7.1.2. Limites processuais

Os limites processuais estão diretamente ligados à dinâmica interna do processo, dentre eles podemos destacar os seguintes:

O juiz não pode iniciar um processo de ofício, devendo observar o *princípio da inércia da jurisdição (nemo iudex sine actore)*, qual seja, onde não houver demandante, não haverá juiz. A doutrina também denomina esse limite de *princípio da demanda* segundo o qual um processo não poderá ser instaurado se não houver uma demanda inicial instaurada pela parte. Dessa forma, essa

³¹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001. p. 385.

diretriz proíbe que o magistrado instaure *ex officio* um processo, correspondendo a um limite processual aos poderes dos juízes³¹⁷.

Um outro limite se encontra na regra de que o juiz está impedido de julgar questões da qual ele seja parte. Essa restrição encontra fundamento no *princípio da imparcialidade dos juízes*, que restaria violado se o magistrado decidisse demandas nas quais possuísse interesse pessoal direto de pessoa de seu relacionamento próximo, tais como parentes e amigos (art. 134 do CPC).

O juiz somente pode decidir dentro de um processo no qual tenha sido assegurado o contraditório, ou seja, quando a ampla defesa tenha sido exteriorizada, impondo uma condução dialética do processo³¹⁸.

José Roberto dos Santos Bedaque lembra outro limite: obediência ao princípio da correlação ou adstrição, segundo o qual a sentença deverá se ater ao pedido e à causa de pedir³¹⁹.

Outra limitação se encontra na regra do convencimento racional, pois embora o a doutrina rotule o convencimento de “livre”, na verdade o juiz não pode decidir e fundamentar a sua decisão em provas que não foram produzidas no processo.

Por fim, existem aqueles limites impostos ao juiz pela técnica processual adotada pelo legislador, como por exemplo, a figura da revelia, que impõe ao juiz considerar incontroversos os fatos afirmados na inicial.

³¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica- Ed. Líder, 2001. p. 22.

³¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas. p. 93.

³¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 155.

Com efeito, compreendemos que esses limites, tanto os substanciais quanto os processuais exercem, um papel social muito importante na aplicação do Direito, evitando diversas patologias, tais como arbitrariedades e julgamentos parciais, as quais dificultam a razão última do Processo que é a realização da justiça.

7. 2 O papel reservado ao juiz no processo

A amplitude dos poderes do juiz está intimamente ligada ao fator histórico vivenciado pela sociedade, de modo que para compreendermos o fenômeno de hoje torna-se necessário explicarmos o papel desempenhado pelos juízes durante o Estado Liberal, o Estado Social e Estado Democrático de Direito.

7.2.1 O Juiz do Estado Liberal

A concepção do Estado Liberal surgiu após a Revolução Francesa, devido a uma reação da sociedade contra as arbitrariedades praticadas durante o regime Absolutista, marcado pelos exacerbados abusos e privilégios cometidos pelos membros dos poderes, inclusive o Judiciário.

Os magistrados do Antigo Regime, oriundos da classe dos nobres, não estavam comprometidos com o bem estar da sociedade, julgando com a finalidade de defender seus próprios interesses e os de sua classe, a nobreza, julgando muitas das vezes “*contra legem*”.

No período do Absolutismo, os julgadores não estavam vinculados à lei, detendo poderes ilimitados para julgar, o que facilitava o cometimento de inúmeras injustiças que, conjugadas com o contexto da época – uma sociedade dividida em classes, com exploração do povo pela nobreza e pelo clero -, favorecia os interesses da elite e contribuía com a opressão do povo.

Diante de tamanhas injustiças, a população se revolta contra o sistema de privilégios da minoria e deflagra a Revolução³²⁰.

Em resposta a esse período de insegurança jurídica e de abusos, surge o Estado Liberal, modelo imposto pela sociedade para proporcionar instrumentos de proteção do cidadão contra os poderes do próprio Estado; buscava-se garantir os direitos fundamentais de primeira geração reconhecidos pela Revolução que acabara de eclodir, também conhecidos como direitos negativos.

No campo do Legislativo, as normas passam a ser elaboradas de forma que pudessem prever todas as situações possíveis de conflitos, através da casuística legislativa, de forma que os julgadores apenas aplicassem literalmente os enunciados normativos promulgados pelo Parlamento.

Segundo o imaginário jurídico da época, as leis deveriam ser tão claras e precisas que o juiz teria como função se limitar a reproduzi-las; o juiz atuaria como se fosse *a boca da lei*, na conhecida expressão de Montesquieu, cingindo-se a cumprir uma tarefa mecânica de interpretação judiciária.

Ricardo Aronne descreve com grande maestria que nesse período:

“Montesquieu chegou a denominar o juiz de um ente inanimado, mero repetidor da lei, pois o povo temia a possibilidade de um magistrado não atrelado à lei, como no anterior sistema, devido às marcas que ficaram na sociedade, com as atitudes protecionistas destes julgadores que, inconsequentemente, sentenciavam, em prol dos interesses que lhes favoreciam ou a que eram ligados³²¹”.

Com efeito, na ânsia em se elaborar leis de conteúdo fechado, que não permitia nenhum poder de criação por parte dos juízes, multiplicaram-se leis

³²⁰ ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: SAFE, 1996. p. 20.

³²¹ Ibid, p. 20.

casuísticas, exacerbaram o formalismo processual de modo que predominava a seguinte teoria “*optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis*”³²².

No campo do direito processual, predominava a visão privatista do processo, com apoio na qual se concediam amplos poderes às partes, cabendo a elas iniciar o processo, produzir as provas que entendessem necessárias e finalizar o processo dentro das formalidades previamente estabelecidas; reservava-se aos órgãos judiciários o dever restrito de realizar o silogismo entre a hipótese legal e o caso concreto apresentado pelas partes ao Judiciário, ou seja, prevalecia a figura do juiz vinculado³²³.

Nesse período do Liberalismo, o juiz não passava de mero subserviente espectador, que assistia de braços cruzados, as partes instruírem o processo, para apenas ao final declarar quem foi o vencedor segundo os meios de provas que bem ou mal tivessem sido produzidos³²⁴.

O método utilizado pelos juízes dessa época, segundo bem define Rosa Maria Nery, era o método lógico tradicional, que transpunha para a relação processual a lógica da relação e das instituições do Direito Privado:

“Nesse método, constata-se o direito escrito e elabora-se raciocínio lógico sobre seu conteúdo. Na falta do texto posto para o caso, busca-se o sentimento de justiça da consciência coletiva e elabora-se a jurisprudência, mas o juiz é jungido à lei, porque não lhe é dado invadir o campo reservado ao legislador. No máximo, poder-se-ia

³²² “Tanto mais perfeita é a lei quanto menor arbítrio deixa ao juiz”. ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: SAFE, 1996. p. 20.

³²³ MAGALONI, Ana Laura. *El juez norteamericano ante la lei. Las técnicas de interpretación del statute law*. Isonomia. N.º 6. abril 1997. O modelo do juiz vinculado é o modelo segundo o qual o juiz que antes de tudo é obrigado a falar de acordo com certas normas ou standarts preexistentes e cuja função é satisfazer umas expectativas que nascem, não da confiança em suas qualidades pessoais, senão em umas prescrições conhecidas pelas partes.

³²⁴ ASSAD, Sandra Mara Flübel. FERREIRA, Gilberto. *Os poderes do juiz no processo civil moderno*. Repró n.º 86, São Paulo: RT. abril/junho. 1997. p. 285.

permitir que o juiz, diante de evidente injustiça, temperasse a dedução lógica do resultado a que chegou³²⁵.

Porém, esse caráter privado do Processo não prosperou, pois a experiência desmentiu a crença na eficiência de que a lei poderia tudo prevê. Foi-se constatando que restringir a liberdade dos magistrados, enaltecer o formalismo e “impor a exclusiva contribuição das partes no aporte ao processo da matéria de fato, relativizava além do desejável a apreciação da verdade pelo juiz, fazendo-o a contentar passivamente com a versão trazida pelas partes³²⁶” e, lamentavelmente, isso acaba contribuindo para a concretização de injustiças.

Surgiu, assim, um novo modelo de juiz.

7.2.2 O Juiz do Estado Social

Diante da desastrosa experiência vivenciada pela concepção de Estado Liberal, surge um novo modelo de Estado, o Social ou, como menciona Cappelletti, o *welfare state*³²⁷.

Nesse modelo de Estado, busca-se a efetivação dos direitos sociais de 2ª geração, classificados como direitos sociais e econômicos, os quais, para que se efetivem, demandam uma intervenção mais ativa e prolongada do Estado e de seus Poderes, lógica da qual o Judiciário não escapou.

Os juízes desse período, assumindo-se como agentes do poder do Estado, passam a desenvolver uma atuação mais ativa, capaz de permitir uma real intervenção na esfera social, conforme lhes impõe a Constituição do *welfare state*.

³²⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes*. In: FUX, Luiz e NERY JR, Nelson. *Processo e constituição*. São Paulo: RT, 2006. p. 425.

³²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Porto Alegre: Ajuris. V. 90. p.57.

³²⁷ CAPPELLETTI, 1993. p. 56.

A lei agora deve ser interpretada para se ajustar aos fatos do mundo social. O direito passa a ser o instrumento de que o Estado se vale para se alcançar o bem comum.

Com isso, o juiz não passa a ser mais um aplicador passivo da lei que não pode ter decisões políticas, e passa a ser o intérprete da lei e um elemento essencial para que as políticas sociais e a própria ideologia estatizante se concretizasse. A norma deixa de ter um significado claro e pré-determinado e passa a ter o seu significado depois que se passa de uma atividade interpretativa³²⁸.

Sobre esse caráter especial da interpretação jurídica, são valiosas as palavras de Eros Grau:

“A interpretação é um meio de expressão de conteúdos normativos das disposições pelo qual os juízes descobrem as normas contidas nas disposições. Portanto, as normas são resultados da interpretação e podemos dizer que elas, como disposições, não dizem nada, elas dizem que os intérpretes dizem que elas dizem³²⁹”.

Essa nova ideologia permitiu aos juízes a interpretar a norma, outorgando-lhe o significado que considera mais adequado, que utiliza como critério de decisão. Assim, o juiz identifica e determina o significado das normas, dado que não possuem um conteúdo a priori.

Com efeito, com a magistratura mais autônoma e com uma visão processual publicista pôde-se observar uma melhor concretização da justiça, dos direitos sociais e da igualdade material.

³²⁸ TARUFFO, Michele. *Jueces y política: de la subordinación e la dialéctica*. Isonomia: Revista de Teoria e Filosofía del derecho. Nº 22. Abril. 2005. p. 12.

³²⁹ GRAU, 1998. p. 13.

7.2.3 O Juiz do Estado Democrático de Direito

Em seguida ao Estado Social, mas sem afastá-lo completamente do cenário mundial, com o surgimento da sociedade pós-moderna, multifacetada e complexa, se estabelece o Estado Democrático de Direito, que consolida os chamados *direitos de terceira geração*, os direitos difusos e coletivos, os quais procuram garantir uma sociedade mais solidária e participativa sem desconsiderar os direitos fundamentais de primeira e segunda geração já conquistados³³⁰.

O objetivo do Estado Democrático de Direito é tornar efetiva a participação da sociedade no processo decisório e na formação dos atos do governo³³¹ corroborando com a implementação de políticas públicas e de reformas institucionais sempre buscando a concretização dos direitos fundamentais constitucionais.

Com efeito, no Estado Democrático de Direito as leis buscam modificar o *status quo* sob as diretrizes traçadas pelo próprio Estado, ou seja, determina que nesse modelo de Estado:

“Se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito Clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir da realidade social³³²”.

³³⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campos, 1999. p.88.

³³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 123.

³³² *Ibid*, p. 125.

Então, para que se permita que a lei atenda aos anseios sociais da atualidade, o legislador passa a legislar por meio de normas abertas³³³, possibilitando ao judiciário aplicar a melhor solução frente ao caso concreto, sempre respeitando os macro-princípios que estruturam os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Essa técnica legislativa é elemento comum no Estado Social e no Estado Democrático de Direito, pelo menos no Brasil.

Dessa forma, o legislador começa a elaborar normas abertas, que possuem em sua estrutura *princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais*. Essa forma semântica de expressar o Direito permite uma maior liberdade de ao intérprete, ampliando os poderes dos juízes para que os mesmos possam decidir o conflito de modo mais justo e eficiente, dentro de um espaço e tempo limitado.

É por essas razões que no campo do Direito Processual Civil começa a se desenvolver as idéias de *ativismo processual* e de *igualdade (paridade) de armas*, segundo as quais o juiz modifica o seu comportamento perante o processo deixando “a posição de mero árbitro fiscalizador da observância das “regras do jogo,” para alcançar *status* de ativo participante, com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante³³⁴”.

O Processo passa de vez a ser visto como um instituto que não interessa apenas aos litigantes, mas a toda a sociedade, pois é por seu intermédio que os valores e o interesse público se concretizam. A diferença que podemos apontar entre o processo típico do Estado Social e o processo contemporâneo é que aquele constitui um meio de afirmação do poder do Estado enquanto este se revela um instrumento a serviço da sociedade.

³³³ Entende-se por normas abertas os enunciados normativos que contenham em sua estrutura cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios.

³³⁴ OLIVEIRA, V. 90. p.58.

Diante dessa nova visão, que podemos classificar como uma concepção *publicista* – e não exclusivamente *estatista* - do processo, o juiz deixa de ser um aplicador passivo da lei proibido de proferir decisões axiológicas, o juiz passa a ser um intérprete e construtor da lei. A norma deixa de ter um significado claro e pré-determinado e passa a ter o seu significado depois que passa pela atividade interpretativa.

Nesse sentido, o juiz deve interpretar a norma, outorgando-lhe o significado que considera mais adequado, que utiliza como critério de decisão, ou seja, ele identifica e determina o significado das normas que aplica dado que as mesmas não possuam um significado a priori.

Observa-se, porém, que ao ampliar os poderes dos juízes no âmbito processual, os poderes das partes não foram restringidos como ocorre normalmente no sistema de auto-regulação dos sistemas. De fato, o que ocorre, segundo salienta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é que com os juízes mais “ativos” surge a possibilidade de se resgatar o *diálogo judicial*, de regular o bom desenvolvimento do processo, produzindo, por exemplo, quando necessário, os elementos probatórios dentro dos limites fáticos extremados pela parte autora da causa³³⁵.

A relação de diálogo permitida entre os juízes e as partes conjugada com a maior autonomia dos juízes permite que o processo atinja a sua finalidade primordial que é a prestação jurisdicional justa e pacificadora³³⁶.

³³⁵ OLIVEIRA, V. 90. p.59.

³³⁶ Essa visão publicista, embora estimulada pela legislação processual, ainda não se faz sentir totalmente na mentalidade dos operadores do direito. O privaticismo ainda impera, gerando um conflito que só tende a prejudicar o natural desenvolvimento da entrega da prestação jurisdicional, com graves prejuízos para o Estado. Claro que o fenômeno é explicável. De um lado há os interesses das elites em manter um processo privado, com um juiz inerte, tão ao gosto dos mais poderosos. Essa mesma elite impõe um ensino jurídico reacionário que acaba por influir no pensamento de toda uma geração de operadores do direito, sejam eles juízes, promotores ou advogados. ASSAD, Sandra Mara Flübel. FERREIRA, Gilberto. *Os poderes do juiz no processo civil moderno*. Repró n° 86, São Paulo: RT. abril/junho. 1997. p. 286.

Sálvio Figueiredo de Teixeira resume bem esse modelo de Judiciário:

“O Estado democrático de Direito não se contenta mais com uma nação passiva. O judiciário não mais é visto como mero Poder eqüidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem atuação do Estado, proibindo-lhes a omissão. Esta a missão que a todos nós cabe: criar um novo processo e com ele uma nova Justiça, para responder aos desafios de um novo tempo³³⁷.”

7.3 O processo contemporâneo e os poderes do juiz

No Direito Processual Civil contemporâneo podemos identificar vários dispositivos processuais que permitem uma atuação incisiva do juiz. Dentre eles citamos os dois principais momentos em que o juiz exerce o seu poder: na decisão sobre tutelas de urgência e na sentença.

Nesses momentos processuais, se agiganta o poder que o juiz possui de aplicar a lei buscando a atender os fins sociais e às exigências do bem comum almejado pela sociedade. Cabe a ele apreciar livremente as provas produzidas durante a instrução processual e proferir decisão que venham efetivamente a ser eficazes.

Outro momento em que identificamos atuação ativa dos magistrados, se encontra prescrito no art. 6º da Lei dos Juizados Especiais, que estabelece caber ao juiz adotar em cada caso a decisão que reportar mais *justa e equânime*.

Assim, o magistrado poderá decidir o caso concreto da forma que julgar mais próxima da verdadeira justiça, nunca deixando de fundamentar as suas decisões, de acordo com o que determina o art. 93, IX da Constituição Federal.

No caso do controle concentrado de constitucionalidade, o poder da magistratura também se tornou maior, uma vez que o legislador lhe impôs

³³⁷ Ver Revista AJURIS, 60 p. 318.

poucos limites, de modo que poderá decidir a questão da constitucionalidade, mas restringir os efeitos da declaração, caso esta ponha em risco a segurança jurídica ou o excepcional interesse social, segundo o que prescreve o art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9.882/99. Essas expressões vagas correspondem na verdade a um aumento do poder do Judiciário.

Evidentemente que aqui cabe uma observação: na verdade, os poderes que a Constituição outorgou aos membros da corte suprema são praticamente ilimitados, dado que possuem a palavra final no que se refere ao espírito e conteúdo da norma constitucional.

Afinal, como bem lembrado pelo juiz da Suprema Corte Norte-americana Charles Evans Hughes (1862–1948): *“We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution”*³³⁸.

Esses exemplos dos poderes dos juízes dentro do processo nos permitem concluir que a concessão da sociedade de maior liberdade aos seus juízes se justifica, primeiramente, pela dificuldade de se legislar casuisticamente em relação a todas as situações jurídicas existentes e que possam vir a existir, ao mesmo tempo em que se constata a impossibilidade do Legislativo estabelecer regras gerais e abstratas para todos os casos. Diante de tal quadro, é preferível outorgar ao Judiciário a possibilidade de “criar o direito” para solucionar os conflitos que lhe são apresentados, mas sempre com observância daqueles limites aos quais acima nos referimos.

Vale dizer, a necessidade de se realizar a justiça e de se concretizar os direitos fundamentais frente ao caso concreto exige que se conceda mais liberdade

³³⁸Em tradução livre da autora: “Nós estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é, e o judiciário é a salvaguarda de nossa liberdade e de nossa propriedade sob a Constituição.” CHARLES EVANS HUGHES, *speech before the Chamber of Commerce*, Elmira, New York, May 3, 1907.—*Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906–1908*, p. 139

para que os juízes atuem de forma dinâmica para materializar esses direitos já garantidos abstratamente na Constituição.

Esses novos poderes adquiridos pelo Judiciário, entretanto, só foram possíveis graças à confiança que os cidadãos passaram a depositar nos magistrados, que devem ser vistos não como funcionários que servem ao Estado, mas sim à sociedade, e por isso tiveram ampliados seus poderes sempre com o objetivo de realização da ordem jurídica justa³³⁹.

7.4 Teorias que justificam o controle judicial do ato administrativo discricionário

Diante de uma demanda que contenha impugnação de um ato vinculado o Judiciário deverá analisar se todos os aspectos legais foram observados, pois os elementos da decisão administrativa já se encontram previamente estabelecidos na lei; dessa maneira, que em caso de inobservância desses requisitos, deverá ser decretada a sua nulidade pelo juiz.

Já nos atos discricionários o Judiciário realizará o seu controle sempre respeitando a discricionariedade administrativa que a lei garantia à autoridade que praticou o ato sob ataque, não podendo o juiz invadir a seara da conveniência e oportunidade do administrador público. A princípio, poderá o Judiciário apreciar os aspectos da legalidade e observar se a administração respeitou o espaço de liberdade permitido a ela pela lei.

Maria Sylvia Zanella di Pietro assevera que

pele fato da discricionariedade ser um poder delimitado previamente pelo legislador, esta ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas é legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e

³³⁹ WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 135.

conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto³⁴⁰.

Com a preocupação do ato discricionário se tornar arbitrário impedindo que o Poder Judiciário o controle, foram desenvolvidas diversas teorias que ampliaram as hipóteses da revisão judicial do ato discricionário, o que acabou por limitar o exercício do próprio poder discricionário.

A primeira delas é a *Teoria do Desvio de Poder* é utilizada quando o administrador no exercício de seu poder discricionário atinge um fim diferente daquele que a lei determinou que deveria ser alcançado. A imagem é a seguinte: o poder deveria seguir uma direção determinada pela lei, mas no meio do caminho se desviou.

Detectando essa incorreção de rumo, acionado o Poder Judiciário deverá decretar nulo o ato, uma vez que o agente público desvirtuou a finalidade precípua da administração, que é atingir o interesse público determinado no texto legal.

A segunda é a *Teoria dos Motivos Determinantes*, de acordo com a qual a validade do ato administrativo deve estar relacionada com os motivos que serviram de suporte, de fundamentação para a decisão do agente, caso contrário o Judiciário poderá declarar nulo o ato.

Ou seja, o juiz terá que apreciar os motivos da prática do ato, perquirindo os pressupostos de fato e os elementos que provam que esse fato realmente ocorreu.

A *Teoria da Possibilidade de Investigação da Causa do Ato Administrativo* também permite o controle jurisdicional, visto que é por meio da causa que se torna possível averiguar se os motivos em que se baseou o agente possuem nexos lógicos de ligação com a decisão tomada em relação à finalidade que se almeja atingir.

³⁴⁰ DI PIETRO, 1991. p. 202.

Essa investigação é imprescindível para que se possa aclarar o limite do controle jurisdicional dos atos administrativos e compreendermos que esse tipo de controle não afronta o princípio da separação dos poderes ou contesta a ordem jurídica vigente; pelo contrário, o controle reforça os fundamentos do Estado Democrático de Direito ao impedir que a Administração Pública extrapole os limites da lei e ofenda os direitos fundamentais de toda sociedade.

Interessa-nos mais diretamente neste trabalho a análise de uma outra teoria que pretende limitar ainda mais a discricionariedade administrativa com a finalidade de fornecer bases para ampliação do controle judicial.

Essa nova concepção de controle se funda nas normas abertas (normas vagas) que são utilizadas pelo legislador quando é confeccionado o texto legal, ou seja, quando se emprega na redação da lei os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*.

A tese é a seguinte: quando o administrador pratica um ato fundado nesse tipo de conceito, em regra se estará diante de um ato vinculado e não discricionário, pois o conceito impreciso não se relaciona com o *juízo de conveniência e oportunidade* (mérito), mas sim com poder que o agente público tem de *interpretar a norma*. Sendo *interpretação* de norma, este poder estará incontestavelmente submetido ao controle do Judiciário.

Sucedo que, para que essa Teoria seja legítima e não ofenda o Princípio da Separação dos Poderes, é crucial que nos lembremos de que modernamente o ato administrativo só é considerado válido se tiver sido praticado de conformidade com o Direito e não apenas em harmonia com a lei.

Noutros termos, a questão da validade da decisão administrativa se sofisticou e agora mais do que respeito ao texto legal é necessário que o agente público se submeta ao sistema normativo-constitucional, o qual inclui os princípios jurídicos que auferiram força normativa (eficácia jurídica).

Registre-se que esta exigência de agir de conformidade com o Direito e seus princípios e não apenas de conformidade com a lei é também imposta ao Legislativo, de tal sorte que vemos cotidianamente normas legais sendo consideradas inconstitucionais porque estariam violando princípios do sistema jurídico, dentre os quais se destaca o da Razoabilidade.

Diante desse quadro sócio-jurídico, impõem-se analisar o papel que os princípios jurídicos exercem no controle judicial do ato administrativo.

7.5 Princípios constitucionais como fundamento para o controle judicial dos atos administrativos

7.5.1 Os princípios jurídicos

Uma das principais características do direito na sociedade contemporânea é o reconhecimento da força normativa dos princípios.

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero apontam vários sentidos da expressão *princípios jurídicos*: norma muito geral, norma redigida em termos particularmente vagos, norma programática ou diretriz (norma que estipula a obrigação de perseguir determinados fins), norma que expressa os valores superiores de um ordenamento jurídico (e que seriam o reflexo de uma certa forma de viver), norma especialmente importante, norma de elevada hierarquia (e aí todas as normas constitucionais seriam princípios), norma dirigida aos órgãos jurídicos (Executivo, Judiciário) estabelecendo critérios para sua aplicação e, por fim, norma de regulação do direito, quer dizer, de máxima ou enunciado da ciência jurídica de grau considerável de generalidade e que permite a sistematização do ordenamento ou de um setor do mesmo³⁴¹.

Legislar fazendo uso de princípios é atitude teórica-política que permite correlacionar o Direito com valores fundamentais expressos no ordenamento jurídico, rompendo com a antiga visão – anterior à Segunda Guerra Mundial -

³⁴¹ ATIENZA, Manuel & MANERO, Juan Ruiz. *Sobre principios y reglas*. Doxa: cuadernos de filosofia del derecho, n. 10, Alicante (Espanha): Universidade de Alicante, 1991, p. 101-102.

de que os princípios constituem o último recurso a ser aplicável quando o ordenamento jurídico se encontra incompleto, lacunoso, não dispondo de norma jurídica aplicável ao caso material em análise. A aplicação do princípio era subsidiária³⁴².

Nessa doutrina tradicional, apenas a lei (regra) era considerada uma norma jurídica, não possuindo o princípio esse *status* jurídico, dado que era visto como um mero *programa*, a ser observado pelo legislador quando da elaboração da lei, não podendo ser aplicado diretamente pelo intérprete uma vez que, acreditava-se, não era dotado de força normativa, faltando-lhe, portanto, eficácia imediata e direta.

Porém, atualmente os princípios estão equiparados às normas, possuindo o mesmo grau de importância, não se limitando mais a desempenhar uma função meramente supletiva, mas uma função positiva, constituindo-se critérios orientadores para criação de normas jurídicas, mas também fundamentando e influenciando decisões jurídicas. Nesta linha de entendimento, “já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio³⁴³”.

Paulo Comanducci, professor da Universidade de Gênova, relata que pelo menos na Europa continental desde a última grande guerra pode-se observar um aumento constante da criação de normas expressamente designadas *princípios* pelo legislador, assim como um aumento da produção de normas que podem ser consideradas princípios pelos intérpretes. Esse fenômeno decorre da *constitucionalização de todo o Direito* – obra do legislador, dos tribunais constitucionais, dos juízes e dos juristas – que parece levar a conceber a legislação como atuação e concretização dos princípios

³⁴² AMARAL, 2004, p. 12.

³⁴³ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151.

constitucionais, os quais estariam conduzindo todos os ramos do Direito, podendo-se falar que hoje temos um *Direito Principialista*³⁴⁴.

Assim, em consonância com a efetiva utilização de princípios no direito contemporâneo e de sua extrema importância, podemos constatar a freqüente aplicação dos aspectos principiológicos do Direito, principalmente os sociais, pelo Judiciário para solucionar conflitos, privilegiando mais os princípios (diretrizes) do que a regra (lei) prescrita na legislação.

Essa “preferência” pelo uso dos princípios pelo legislador, que vem sendo exaltada pela doutrina, possui duas vertentes: *de um lado*, o uso dos princípios é de grande valia porque possibilita sua aplicação em diversos casos, mesmo àqueles que ainda não foram explicitamente previstos na lei, nunca tornando obsoleta a norma positivada; *de outro lado*, causa insegurança nas relações estabelecidas, pois, os princípios são normas jurídicas dotadas de vagueza semântica e, em razão de sua estrutura peculiar, estão eles sujeitos a sofrer interpretações excessivamente subjetivas e calcadas em valores pessoais do magistrado.

Dessa maneira, há risco, por exemplo, de que a qualquer momento seja impugnado pelo Judiciário um ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simplesmente em razão da invocação um nebuloso *princípio do interesse público*.

7.5.2 Os princípios e as regras

Com fundamento nas lições contidas na obra de Ronald Dworkin podemos afirmar as normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação

³⁴⁴ COMANDUCCI, Paolo. *Principios jurídicos y indeterminación del derecho*. Doxa: cuadernos de filosofía del derecho, n. 21 - II, Alicante (Espanha): Universidade de Alicante, 1998, p. 96-97.

sistemática de textos normativos que podem ter como resultado uma regra ou um princípio³⁴⁵. Elas se dividiriam em *princípios e regras*.

Para Norberto Bobbio:

Os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais que gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas como todas as outras. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras³⁴⁶.

Bobbio justifica essa conclusão com dois argumentos que valem a pena ser reproduzidos: se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização e abstração sucessiva, é evidente que normas eles também são, afinal, “se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais e não flores ou estrelas”; em segundo lugar, se a função para a qual os princípios são extraídos é de regular casos e isso é o que fazem as normas, com a diferença que estas regulam comportamentos previstos e aqueles não, por que não deveriam os princípios serem normas já que possuem a mesma função delas?³⁴⁷.

Adotando a mesma tese Joaquim José Gomes Canotilho assevera que “as regras e princípios são duas espécies de normas³⁴⁸”.

Robert Alexy comunga do mesmo entendimento, afirmando que “*tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser*³⁴⁹”.

³⁴⁵ DWORKIN, Ronald, apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

³⁴⁶ BOBBIO, 1989, p. 158.

³⁴⁷ Ibid, p. 158-159.

³⁴⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 172.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de estudios políticos y onstitucionales, 2002, 1983, p. 83.

Embora tanto os princípios quanto as regras sejam normas, podemos diferenciá-los a partir de alguns critérios.

Ronald Dworkin defende que as regras são aplicadas segundo o modo do *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida³⁵⁰.

Para Dworkin, no caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam a decisão, mas somente contêm fundamentos provenientes de outros princípios, possuindo uma dimensão de pesos (*dimension of weight*), que quando se colidem, o princípio com peso maior se sobrepõe ao outro, sem que este outro perca sua validade³⁵¹.

Desse modo, a distinção utilizada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios³⁵².

Para minimizar os riscos de incerteza e decisionismo na ponderação, importa valorizar a argumentação jurídica a ampliar o controle social sobre a fundamentação das decisões judiciais³⁵³.

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald, apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

³⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

³⁵² *Ibid*, p. 25.

³⁵³ MAIA, Antônio Cavalcanti. *A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea*. Revista trimestral de direito civil, vol. 8, Rio de Janeiro: Renovar/Padma, p. 20.

Por seu turno, Humberto Ávila afirma que diferença entre princípios e regras é a seguinte:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos e os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁵⁴.

Canotilho, que também se preocupou em distinguir os princípios das regras, valeu-se do método de classificação graus, dividindo as normas quanto a seu *grau de abstração*. Nesta linha de entendimento, os princípios seriam normas de grau relativamente mais abstrato, ao passo que as regras possuiriam uma abstração relativamente mais reduzida³⁵⁵.

Uma diferenciação quanto ao *grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto* poderia nos fazer concluir que os princípios, por serem vagos e indeterminados, precisam de mediações concretizadoras do legislador ou do juiz, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta, quanto ao *grau de fundamentalidade no sistema das fontes dos direitos*.

Os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (por exemplo, os princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico.

³⁵⁴ ÁVILA, 2004, p. 70.

³⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1035.

Quanto à *proximidade da idéia de direito*, os princípios são “standards” juridicamente vinculantes fundamentados nas exigências de “justiça” segundo Dworkin ou na idéia de Direito, de acordo com Larenz. Por sua vez, as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional.

Por fim, quanto à *natureza normogênética*, os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a razão das regras jurídicas, desempenhando por isso uma função normogênética fundamentante.

Outra doutrina relevante para distinção entre princípios e regras é a que encontramos em Ana Paula de Barcellos³⁵⁶ que utiliza sete critérios:

- 1) em relação ao *conteúdo*; os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito, formando uma exigência da justiça, da equidade, da moralidade e as regras possuem conteúdo diversificado e não necessariamente moral;
- 2) em relação à *origem e validade*; os princípios decorrem de seu próprio conteúdo e as regras derivam de outras regras ou dos princípios;
- 3) em relação ao *compromisso histórico*; os princípios são para muitos, universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras se caracterizam pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar;
- 4) em relação à *função no ordenamento*; os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação as regras, e sintetizam uma grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo uma unidade de ordenação;
- 5) em relação à *estrutura lingüística*; os princípios são mais abstratos que as regras, em geral na descrevem as condições necessárias para sua aplicação e, por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações, e as regras é possível identificar sua hipóteses de aplicação;

³⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47.

6) em relação ao *esforço interpretativo exigido*; os princípios exigem uma atividade argumentativa mais intensa, as regras demandam apenas uma aplicabilidade burocrática e técnica, conforme defendia Josef Esser;³⁵⁷

7) quanto à *aplicação*; as regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o *modelo do tudo ou nada*, como salientou Ronald Dworkin, e os princípios, ao contrário, contêm fundamentos provenientes de outros princípios, possuindo uma dimensão de pesos (*dimension of weight*), que quando se colidem, o princípio com peso maior se sobrepõe ao outro, sem que este outro perca sua validade.

Os princípios são como verdadeiras vigas mestras, autênticos alicerces que suportam todo o ordenamento jurídico. São eles que informam e formam a base de todo o sistema, dando-lhe a forma e os traços característicos primordiais a partir dos quais o complexo de normas se estrutura.

Segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha, princípio é verbo, nele repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado³⁵⁸.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A

³⁵⁷ ESSER, Josef, apud BARCELLOS, 2004, p. 47.

³⁵⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.

desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra³⁵⁹.

Pois bem, após compreendermos esta diferenciação das espécies normativas, podemos definir que os *princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, que estabelecem critérios para a ação e para a constituição de normas.*

Por conseguinte, os princípios são de fundamental importância para este estudo, pois eles exercem papel de verdadeiros parâmetros para o controle judicial dos atos praticados com apoio em conceitos jurídicos indeterminados, definindo os critérios que devem ser observados pelo Judiciário ao julgar pedido de invalidação da decisão administrativa.

7.6 Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade tem importância fundamental dado o seu condão de iluminar a apreciação subjetiva do agente para que este chegue a uma solução aceitável pela comunidade. Pode-se dizer que esses princípios funcionam como uma regra de experiência idônea a balizar a valoração realizada pela Administração Pública.

Humberto Ávila entende que:

A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos

³⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 771/772.

(geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim)³⁶⁰.

Reconhece-se que *razoabilidade* é um termo fluído e indeterminado que proporciona uma grande dose de apreciação subjetiva por parte do hermenêuta, pois o que é razoável ou proporcional para alguns pode não ser para outros. Ainda que se suponha que algo seja razoável a partir do critério do *homem médio*, ter-se-ia que definir o que seria um “homem médio”.

Contudo, é possível perceber que esse princípio indica a prudência, a sensatez, o ponderável, o justo, o equilibrado, o adequado, o moderado, o comedido, o aceitável, o regular, o que não choca, o legítimo, o bom senso, o equilíbrio que deve marcar as condutas da Administração (e dos demais Poderes do Estado).

Existem duas visões do princípio da razoabilidade.

A primeira foi influenciada pela jurisprudência norte-americana e liga o princípio da razoabilidade ao *devido processo legal* e à *isonomia*.

A segunda, seguindo a linha do Direito francês, espanhol e argentino, identifica a razoabilidade com o princípio da *proporcionalidade entre os meios e os fins*.

É importante ressaltar que quando se associa a razoabilidade ao devido processo legal, o princípio coloca-se mais como limite à discricionariedade na função legislativa e quando se relaciona a razoabilidade à proporcionalidade dos meios aos fins, o princípio apresenta-se mais como limite à discricionariedade administrativa³⁶¹.

³⁶⁰ ÁVILA, 2004. p. 94.

³⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 191.

O princípio da razoabilidade é um aliado especial para delimitar o âmbito da discricionariedade administrativa, possibilitando ao Poder Judiciário aumentar a esfera de apreciação do ato administrativo. É utilizado como um limite à discricionariedade na avaliação dos motivos (é importante conhecer os motivos que conduziram a Administração a adotar determinada medida) e na escolha do objeto, de forma a atingir a finalidade pública.

Carmen Lúcia Antunes Rocha afirma que a razoabilidade administrativa “é elemento que dota de legitimidade a conduta do administrador público, por ser o que objetiva as razões de seu comportamento e demonstra, então, a justeza da conduta e a sua adequação ao quanto prescrito no sistema do Direito³⁶²”.

No tocante à razoabilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello acentua:

A Administração ao atuar no exercício de discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade manejada³⁶³.

Consideramos que a idéia de proporcionalidade integra o conceito de razoabilidade, ou seja, aquela está contida nesta, conforme os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na

³⁶² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 112.

³⁶³ MELLO, 2001. p. 79.

sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para a decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a administração é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade³⁶⁴.

Paulo Bonavides ao tratar do Princípio da Proporcionalidade afirma que esse princípio “protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais”:

O princípio da proporcionalidade é hoje axioma do direito constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro da juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade³⁶⁵.

Segundo a doutrina alemã, a proporcionalidade pressupõe três elementos: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.

Transpondo-se a questão para o Direito Administrativo, surge o comando que impõe adequação da medida restritiva adotada pelo agente público ao fim a que se propõe. Isto é, diante do caso concreto, analisa-se se o meio utilizado tem aptidão jurídica para atingir, adequadamente, de forma idônea e sem excessos, o resultado almejado.

Suzana de Toledo Barros observa que a possibilidade de controle judicial sobre uma relação de causalidade (entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina), por si só, já abala a idéia do legislador onipotente, capaz de criar situações desarrazoadas, incoerentes ou até mesmo bizarras³⁶⁶.

³⁶⁴ DI PIETRO, 2001. p. 81.

³⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 397.

³⁶⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.77.

Quanto à necessidade ou exigibilidade da conduta administrativa, investiga-se sua adoção como indispensável à tutela do bem jurídico curado pela Administração; impõe-se a verificação da inexistência de meio menos gravoso para alcançar o fim visado.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, examina-se a justa medida da prescrição veiculada no ato administrativo. É a ponderação entre o ônus e o benefício trazido para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. Para Suzana de Toledo Barros, a proporcionalidade em sentido estrito atua complementando a adequação e a necessidade, de forma a indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim a ser alcançado³⁶⁷.

Sobre o assunto, a orientação do Supremo Tribunal Federal nas seguintes súmulas:

Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributos.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Extrai-se do princípio da razoabilidade a proibição de condutas administrativas desarrazoadas, exorbitantes, disparatadas.

O princípio da razoabilidade foi o que teve o mais rápido e amplo curso na interpretação constitucional brasileira e a interpretação de um ato administrativo ou de uma lei atualmente leva muito em conta esse princípio, o que exige uma operação de análise da adequação, meio, fim, necessidade da medida, com a conseqüente vedação do excesso³⁶⁸.

³⁶⁷ Ibid, p.83.

³⁶⁸ O excesso de poder verifica-se quando a autoridade administrativa, embora detenha competência para realizar o ato, realiza-o ultrapassando essa mesma competência administrativa que lhe foi outorgada pela lei.

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região enfatiza o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade no seguinte acórdão:

Ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. NOTAS FISCAIS SEM DESCRIÇÃO ESPECIFICADA DO PRODUTO. DESPROPORCIONALIDADE DA PUNIÇÃO.

1 – Irrelevante o fato de ter sido juntada cópia da Portaria PRT-215/93, pois não se trata de uma das hipóteses do art. 337 do CPC – 73.

2 – A referida portaria não pode ser aplicada retroativamente, pois há disposição nesse sentido e a aplicação da lei mais benéfica é um princípio inerente ao Direito Penal.

3 – Modificada a sentença que julgou improcedentes as embargos à execução fiscal, pois embora justificável a exigência de especificação do medicamento, que pode ser comercializado em várias formas (líquido, comprimido, pomada, etc.), de forma que as notas fiscais devem estar devidamente preenchidas, a aplicação de multas deve levar em conta os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. No caso dos autos, a penalidade não foi proporcional ao preço dos medicamentos e não pode ser considerada razoável, na medida em que poderá inviabilizar a continuidade do negócio. Assim, a multa é de ser aplicada, mas na quantia de um salário mínimo vigente à época do pagamento.

4 – Apelação parcialmente provida.

(TRF – 4ª Região – Apelação Cível – Processo nº 1994.04.45267-0 – RS – 3ª Turma – Data da decisão: 15.04.99 – DJ data: 12.05.99 – pág. 460 – Relatora Juíza Maria Inge Barth Tessler).

Verificamos que aos poucos o exame da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos discricionários adquire cada vez mais espaço no controle jurisdicional, especialmente quando se trata de sanções administrativas e do exercício do poder de polícia.

Helenilson Cunha Pontes aponta a necessidade da utilização do princípio da razoabilidade na aplicação de penas pela Administração (ações sancionadoras):

A imposição de uma sanção consiste em uma limitação à esfera juridicamente protegida (*prima facie*) do infrator, quase sempre concernente à sua liberdade e propriedade; daí porque o juízo de compatibilidade da lei que institui uma sanção em face do princípio da proporcionalidade supera a mera consideração da adequação (relação meio-fim) entre a pena imposta e o objetivo visado pela regra

inobservada, e deve, sempre (e esta talvez seja a maior contribuição do princípio da proporcionalidade para o controle do poder e para a afirmação das liberdades individuais) considerar o grau de limitação sofrido pela esfera jurídica do infrator³⁶⁹.

Pode-se dizer que somente em cotejo com os demais princípios constitucionais, a observância da realidade e a situação concreta em que ocorreu a atuação administrativa, é que se pode determinar a razoabilidade e proporcionalidade, em conformidade com “standards” ou padrões de comportamento vigentes na sociedade na ocasião de sua prática.

Como exemplos de conduta irrazoáveis e desproporcionais, cita Mariano Pazzaglini Filho:

A atitude do agente sanitário que, no exercício do poder de polícia, fecha toda a praça de alimentação de um shopping, em vez de interditar apenas as lojas que estão vendendo comida deteriorada. É irrazoável, também a atitude agente público que, ao receber reclamação de poluição sonora em via pública, onde se localizam vários bares e casas noturnas, interdita todos, em vez de somente penalizar aqueles que efetivamente a estão causando³⁷⁰.

Veja-se ainda a orientação jurisprudencial do Tribunal Federal da Quarta Região sobre o tema:

Ementa:
ADMINISTRAÇÃO. LIBERAÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO, INAPLICÁVEL A PENA DE PERDIMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.
I – Inaplicável a pena de perdimento, tendo em vista o excesso de desproporção entre o valor do veículo e o valor da mercadoria.
II – A sanção em exame só poderá ser aplicada quando houver responsabilidade do proprietário do veículo na prática do ilícito, o que, na espécie, não restou demonstrado.
III – Recurso e Remessa oficial improvidos.
(TRF – 4ª Região – Apelação em mandado de segurança – Processo nº 91.04.13366-8 – RS – 2ª Turma – Data da decisão: 07.12.94 – DJU data: 07.12.94 – pág. 71.872 – Juíza Marga Barth Tessler).

³⁶⁹ PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 137.

³⁷⁰ PAZZAGLINI FILHO, Mariano. *Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública: agentes públicos: discricionariedade administrativa: extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário*. São Paulo: Atlas, 2000. p.44/45.

Analisando-se o caso, verifica-se que o ato foi considerado desproporcional pela Corte porque a Administração possuía outro meio menos gravoso para atingir a finalidade de sancionar a conduta ilícita.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta:

Este princípio enuncia a idéia - singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam³⁷¹.

Na mesma esteira de entendimento, confira-se decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que invalidou ato por entender que não havia adequação da medida restritiva aplicada pela autoridade administrativa:

Ementa:
ADMINISTRATIVO. SERVIDOR CIVIL. OBRIGATORIEDADE DO USO DE UNIFORME.
I - A obrigatoriedade do uso de uniforme, sem qualquer vinculação com a operacionalidade da função exercida, ou qualquer relação de razoabilidade com o interesse público ou funcional, é exigência descabida e arbitrária que vicia o ato por ausência de legitimidade.
II - Remessa oficial a que se nega provimento.
(TRF - 1ª Região - remessa ex-officio - Processo nº 1989.01.17507-0 - DF - 2ª Turma - Data da decisão: 17.09.91 - DJU data: 04.10.91 - pág. 24.460 - Juiz Jirair Aram Meguerian).

Vale acrescentar uma outra hipótese: ao analisar o instituto da desapropriação de uma propriedade urbana ou rural particular, o Judiciário pode decidir sobre a proporcionalidade entre o valor real do bem desapropriado e a indenização (justa) fixada em acordo administrativo ou avaliação judicial. Caso os valores sejam desproporcionais, o caminho é a anulação do ato expropriatório ou a correção do valor indenizatório.

³⁷¹ MELLO, 2001. p. 81.

Segundo Juan Francisco Linares, a exigência de razoabilidade é inerente à própria legalidade, que não só impõe “aos órgãos administrativos um agir de acordo com ou segundo a lei, mas um atuar razoável”. Acrescenta que “impõe ao órgão o dever jurídico de ditar atos não apenas com determinados requisitos de forma, procedimento e conteúdo expresso em lei, mas, sobretudo requisitos axiológicos³⁷²”.

Frise-se ainda que o controle judicial de razoabilidade pode incidir sobre os atos discricionários e vinculados.

No caso dos atos vinculados cujo preceito normativo autorizador contém conceitos fluidos, oferece-se apenas uma opção juridicamente possível ao administrador. E é precisamente por isso que o Judiciário poderá exercer um controle formal de legalidade, interpretando o conceito e verificando se o administrador praticou o ato de conformidade com a conclusão da interpretação.

Nos casos de atividades de competência discricionária, o controle é dúplice.

Há um controle formal, por meio do qual o juiz deve avaliar se a opção adotada pelo administrador estava dentro dos critérios estabelecidos pela norma. Mas é possível também um controle de legitimidade, no qual não será avaliado se a opção do administrador era uma das soluções juridicamente possíveis: de fato, neste caso o objeto do controle judicial de razoabilidade é o próprio juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo administrador.

Há que se dizer que a Lei Federal nº 9.784/99 em seu no art. 2º faz referência aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Assim, o Princípio da Razoabilidade e o da Proporcionalidade são parâmetros de valoração dos atos do Poder Público, de forma que o administrador público,

³⁷² LINARES, Juan Francisco. *Poder discrecional administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 115.

diante de conceitos jurídicos indeterminados, deve apoiar-se na razoabilidade e na proporcionalidade para aplicar corretamente aqueles conceitos.

A razoabilidade e a proporcionalidade funcionam, pois, como um verdadeiro instrumental de preenchimento de conceitos e permitem um controle judicial do ato do agente público.

7.7 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade não seria propriamente um princípio jurídico, estando situado no campo da moral e da ética. Ocorre que a Constituição Federal “juridicizou” tal princípio ao inseri-lo no seu art. 37 *caput*, passando assim a ser de observância obrigatória para a Administração Pública.

Nesse sentido, importantes são os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A moral administrativa corresponde àquele tipo de comportamento que os administrados esperam da Administração Pública para a consecução de fins de interesse coletivo, segundo uma *comunidade moral de valores*, expressos por meio de *standards*, modelos ou pautas de conduta³⁷³.

A moralidade significa a ética da conduta administrativa; é uma pauta de valores morais que subordina a Administração Pública dentro do que é estabelecido pelo sistema normativo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera que na moral administrativa o resultado está desvinculado da intenção de produzi-lo, pois a moralidade é um conceito finalisticamente orientado:

Não se quer julgar, aqui, a atitude de um agente administrativo, mas sua conduta. A atitude não conduz a um bom resultado administrativo, capaz de satisfazer a finalidade institucional da

³⁷³ DI PIETRO, 2001. p. 162.

Administração Pública; mas a conduta, sim, produz resultados moral-administrativamente sadios ou viciados. Ora, esse bom resultado, objetivamente considerado, a que moralmente deve tender a Administração Pública, só pode ser o que concorra para a realização da boa administração, inegavelmente o que vem a ser seu fim institucional³⁷⁴.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ressalta que estará fora da moral comum social aquele ato administrativo que na sua eficácia infringe a motivação, escapa da finalidade e não se apóia na exação³⁷⁵.

Com relação ao princípio da moralidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece:

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna³⁷⁶.

A moralidade administrativa refere-se a um tipo de moral não comum, mas jurídica, conforme a observância de outros princípios e primordialmente do dever de lealdade às instituições:

O agente verificará sobre o legal ou ilegal, adotando obrigatoriamente a primeira postura; sobre o oportuno ou conveniente decidirá, dentro dos quadros da ordem jurídica; mas também sobre o honesto e desonesto, pois nem tudo o que é legal, formalmente, é honesto ou moral³⁷⁷.

³⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.190, out./dez. 1992. p.7/8.

³⁷⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Do princípio da moralidade administrativa*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 190, out./dez. 1992. p.248.

³⁷⁶ DI PIETRO, 2001. p. 154/155.

³⁷⁷ ARAUJO, Edmir Netto de. *Os princípios administrativos na Constituição de 1988*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, dez. 1990, p. 140.

O professor Márcio Cammarosano diferencia a moral comum da moral administrativa de acordo com seguinte citação:

Mas tendo em vista de um lado o primado da segurança jurídica, postulado fundamental do nosso Estado Democrático de Direito, que reclama predeterminação formal das normas jurídicas, e de outro a relatividade da Moral, o princípio da moralidade não está referido à moral comum, mas ao próprio Direito³⁷⁸.

Portanto, para Cammarosano, a moralidade administrativa é uma moralidade jurídica, ou seja, os atos administrativos devem seguir o viés de moralidade estabelecido no ordenamento jurídico. E continua:

Ao sustentarmos que o princípio da moralidade administrativa não nos remete diretamente à moral comum, mas à moral jurídica, isto é, a valores pertinentes, sim, ao comportamento humano, mas àqueles selecionados pelo próprio Direito, e assim institucionalizados, não ignoramos que esses valores estão consubstanciados em normas jurídicas que os expressam mediante conceitos jurídicos indeterminados, retirados do mundo da cultura. E se assim é, a fixação do sentido e alcance desses conceitos, assim como a avaliação das situações de fato para detectar-se quais delas ficam ou não sob a incidência dessas mesmas normas, não é tarefa que se possa fazer voltando-se as costas para dados que se deve recolher do próprio mundo da cultura e, portanto, do sentimento ou entendimento que prevaleça em dada sociedade e em dado momento histórico.

Toshio Mukai também defende que a moralidade administrativa difere da moralidade comum e ressalta:

Já a moralidade administrativa difere da moralidade comum porque ela busca e significa tão-só que o agente público atue na condição de um bom administrador, com alguém que, gerindo recursos alheios, o faz ciente de que não são seus, e, portanto, atuando com eficiência, zelo, parcimônia, honestidade e, sobretudo, com a observância da boa-fé, enfim, o princípio da moralidade administrativa requer que o administrador público, na prática de cada ato de sua alçada e competência, saiba discernir entre aquilo que é do bem daquilo que é do mal e, além disso, tenha no seu agir a preocupação constante, no

³⁷⁸ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 63/64.

sentido sempre da satisfação do interesse público, fim último do Estado³⁷⁹.

Para esse jurista, a Constituição procurou enfatizar o direito público subjetivo de todo cidadão ao trato ético da coisa pública. O cidadão é, portanto, titular do direito a uma administração honesta e moral.

Portanto, o princípio da moralidade nada mais é do que atender ao interesse público com legalidade ética.

Compreende-se em seu âmbito como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa-fé, devendo a administração proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza.

Ressalte-se que a citada Lei nº 9.784/99 incluiu enfatiza no inciso IV do art. 2º que nos processos administrativos deve ser observado o critério de “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Maria Sylvia alerta que o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. Cita como exemplo a ocorrência, em matéria de licitação, de freqüentes conluíus entre licitantes, a caracterizar ofensa ao referido princípio. A autora resume seu pensamento de seguinte maneira:

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa³⁸⁰.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de proclamar que:

³⁷⁹ MUKAI, Toshio. *Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional*. Boletim do Direito Administrativo. São Paulo. V. 10, n. 2, fev. 1994, p. 88.

³⁸⁰ DI PIETRO, 2001. p. 79.

É lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo, sob o aspecto da moralidade e do desvio de poder. Como princípio inscrito no art. 37, a Constituição Federal cobra da Administração, além de uma conduta legal, comportamento ético.
(Recurso Especial nº 21.923.5 – DJU data 13.10.92 – p. 17.662 – Relator: Ministro Gomes de Barros).

O princípio da moralidade tornou-se pressuposto de validade dos atos da Administração, com ênfase no dever de probidade do administrador público, que deve agir com honestidade de propósitos, imparcialmente e com os olhos voltados para o interesse público.

O Controle jurisdicional da moralidade administrativa está consagrado pelo preceito constitucional regulador da ação popular (artigo 5º. LXXIII, da Constituição Federal) – que conferiu legitimidade a qualquer cidadão para propô-la, visando a anular ato lesivo à moralidade administrativa –, pela ação civil pública (Lei nº 7.347/85) e pela lei que mais especificamente reprime os atos de improbidade do agente público, Lei nº 8.429/92.

Aliás, nos termos do art. 85, V, da Constituição Federal, atentar contra a probidade na administração é hipótese prevista com crime de responsabilidade do Presidente da República, fato que enseja sua destituição do cargo.

Com relação aos servidores públicos, os atos de improbidade administrativa “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (artigo 37, § 4º, da Constituição Federal).

Portanto, o princípio da moralidade deverá desempenhar o papel de limite da discricionariedade administrativa. O administrador público, diante de conceitos jurídicos indeterminados, deverá orientar-se pelos fins de interesse público, de acordo com um conjunto moral de valores.

Com isso, concluímos que o princípio da moralidade administrativa se refere a valores selecionados pelo próprio Direito; no entanto, não devemos nos esquecer que esses valores morais positivados se utilizaram da moralidade comum para se sustentarem juridicamente.

7.8 Princípio da Inafastabilidade do Controle pelo Poder Judiciário

No estudo do controle jurisdicional da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo, dois princípios devem ser analisados: o princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário e o princípio da separação dos poderes. Vejamos agora o primeiro.

Toda a atividade administrativa está sujeita ao controle jurisdicional, até mesmo aquela derivada do exercício da competência discricionária. Essa realidade provém da Constituição Federal de 1988, que no seu inciso XXXV do artigo 5º, reza o seguinte: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Na lição de José Afonso da Silva, “a primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada³⁸¹”.

Depreende-se que a proteção judiciária é, pois, uma garantia fundamental reconhecida pelo ordenamento contra a ameaça ou a lesão a direitos, de tal sorte que qualquer ato administrativo causador ou potencial causador de lesão a direito será passível de controle jurisdicional, inclusive aqueles oriundos da aplicação de normas legais que contenham conceitos indeterminados e daqueles resultantes do poder discricionário da Administração.

³⁸¹ SILVA, 1997. p. 410.

Nesse sentido, a tutela judiciária representa um dos pilares do Estado de Direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade, que norteia a atuação dos poderes públicos, pois mesmo sendo necessário dotar a Administração Pública de “liberdade” de atuação para proporcionar os meios para cumprimento de sua função institucional, é preciso impor limites a ser observados sem os quais estaria comprometido, em última análise, o próprio Estado de Direito.

No que tange ao controle da Administração, cabem as ponderações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A importância prática do preceito ora examinado está em vedar sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, sonegadas aos tribunais, o que ensejaria o arbítrio. Proíbe, pois, que certas decisões do Executivo, que devem estar jungidas à lei, escapem ao império desta, eventualmente, sem a possibilidade de reparação. O crivo imparcial do Judiciário, assim, pode perpassar por todas as decisões da Administração, contrariando a possível prepotência de governantes e burocratas³⁸².

Se por um lado apresenta-se ampla a possibilidade de configuração normativa da discricionariedade, pois sem ela o Executivo não poderia atender aos reclamos sociais, isso não significa dizer que a ação discricionária é ilimitada ou isenta do controle judicial.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu. Se a intelecção é cabível, desassistirá ao Judiciário assumir outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio³⁸³.

Nesse passo, para não haver substituição do juízo administrativo pelo Poder Judiciário, faz-se necessária a utilização de uma ferramenta importante para o

³⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1. p. 55.

³⁸³ MELLO, 2000. p. 24.

deslinde da questão: o exame da teoria da repartição dos poderes ou da tripartição das funções estatais.

7.9 O Princípio da Separação do Poderes

A Constituição brasileira, em seu art. 2º, contempla a formulação clássica da divisão ou separação de poderes idealizada, como sistema recíproco de contenção do poder, por Montesquieu. Hoje se tem consciência de que a função desempenhada pelos Poderes, identificados já por Aristóteles, não é exclusiva, mas preponderantes³⁸⁴.

Assim, cabe ao Poder Legislativo inovar o direito, isto é, elaborar as normas jurídicas; ao Poder Executivo, incumbe a administração do Estado, executando e fazendo cumprir as leis; finalmente, ao Poder Judiciário, compete à aplicação da lei ao caso concreto e o zelo pela segurança jurídica, imediatamente, e, mediamente, pela segurança e ordens sociais.

Em seu modelo, Montesquieu propõe um sistema político em que cada órgão desempenha função distinta, de modo que, ao mesmo tempo, a atividade de cada um consubstancia uma forma de contenção da atividade do outro. É o que a doutrina denominou “freios e contrapesos” (*checks and balances*, ou, no dizer de autor, *le pouvoir arrête le pouvoir*).

Esquemáticamente, poder-se-ia concluir que o Poder Legislativo discute a inovação do Direito e edita a norma jurídica. Esse preceito tem presunção de validade para o Poder Executivo, que vai executar a norma jurídica e impor seu cumprimento à sociedade. Cabe, então, ao Poder Judiciário controlar a validade da lei e aplicá-la ao caso concreto para solucionar os conflitos de interesses suscitados na sociedade, interpretando a regra e dizendo o Direito.

³⁸⁴ Nesse sentido, ver FERREIRA, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 131/132; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 109/110; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 277.

Assim, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes, harmônicos e coordenados entre si; manifestam o poder de soberania nacional, que é, na sua essência, *uno e indivisível*.

7.9.1 Conflito ou Harmonia entre o Princípio da Inafastabilidade do Controle pelo Judiciário e o Princípio da Separação dos Poderes.

A grande questão surge quando a extensão do controle jurisdicional da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo envolve a tensão entre os princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes. Até onde o Poder Judiciário pode revisar atos do Poder Executivo sem ofender o princípio da separação dos poderes?

Com isso, observamos que os dois princípios são capazes de conviverem perfeitamente no sistema jurídico atual, pois, como acima discorremos todo ato administrativo é passível de ser controlado pelo judiciário principalmente no que tange ao seu controle de legalidade.

O problema a essa questão surge principalmente quando estamos diante de atos administrativos praticados com base em poder discricionário, como proteger o cidadão frente a liberalidade administrativa sem que o judiciário possa efetuar tal controle?

Segundo Mariano Bacigalupo, diante dessa tensão entre os dois princípios deve-se optar pela ponderação dos mesmos³⁸⁵.

Quando a pretensão de efetividade do controle judicial material da atividade administrativa entra em conflito com as margens de atuação requerida para sua eficácia, devem-se ponderar dois princípios ou valores constitucionais³⁸⁶.

³⁸⁵ BACIGALUPO, 1997. p. 229/230.

De um lado encontra-se o direito fundamental dos cidadãos a um controle judicial efetivo da atuação administrativa que os afete, que como dito este direito reclama maior densidade possível de programação normativa da atividade administrativa e por outro lado encontra-se a divisão dos poderes, que visa ao exercício adequado do poder público em um Estado Democrático de Direito.

Gerson dos Santos Sicca, ao analisar o princípio da Separação dos poderes salienta que:

Observa-se que o princípio é funcionalmente destinado à proteção dos direitos fundamentais e, concomitantemente, à garantia do espaço de autonomia de cada poder constitucionalmente conformado, de maneira que estas dimensões completam-se, de modo a edificar um eficiente sistema de defesa e realização de direitos. Nada impede, inclusive que, a administração tenha sua esfera de liberdade, contanto que dentro de certos limites e com a admissibilidade, em tese, da revisão judicial³⁸⁷.

Sérvulo Correia também discorre acerca da convivência dos princípios da separação dos poderes e inafastabilidade da tutela jurisdicional:

A idéia de separação de poderes não repugna o conceito de uma “reserva de administração” que delimite um cerne da função administrativo (a) sobre o qual não sejam consentidas ingerências de outros poderes. Resta, porém, o peso específico da necessidade de guardar para um órgão com uma legitimação política especial o estabelecimento das bases de todos os regimes jurídicos cujos preceitos possam afectar interesses da generalidade dos cidadãos e a fixação desses regimes na sua integralidade quando respeitem aos assuntos que mais sensibilizam uma comunidade³⁸⁸.

Com isso, concluímos que quando violado qualquer direito, torna-se necessário à busca pela reparação, busca essa que deverá se dar de maneira tempestiva, correta e efetiva, observando os preceitos legais que os circundam.

³⁸⁶ Ibid, p. 229/230.

³⁸⁷ SICCA, 2006. p. 284.

³⁸⁸ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina. 1987. p. 49/50.

A Constituição de 1988 não aceita a separação rígida das funções estatais. E quando estabeleceu em seu artigo 2º que os poderes são harmônicos entre si, diante de uma interpretação sistemática devem-se esses poderes garantir os direitos fundamentais que uma vez violados torna-se necessário o seu controle pelo órgão de outro poder.

Não raramente a Constituição permite a interferência de um poder sobre o outro, como por exemplo, nos casos de veto presidencial, da escolha dos titulares de tribunais superiores, e do controle parlamentar sobre a atividade do executivo, além da edição de medidas provisória com força de lei.

Assim, não existe conflito entre a separação dos poderes e a inafastabilidade da apreciação judicial, uma vez que os dois princípios são mecanismos criados pelo constituinte visando à proteção dos cidadãos.

Cabe a Administração Pública, com a separação dos poderes, organizar, gerenciar serviços e realizar atos independentemente da manifestação prévia de outro poder estatal, além de deter o dever de aplicar o direito de acordo com os métodos interpretativos adequados; e cabe ao judiciário, na sua relação com a administração e a separação dos poderes, controlar a interpretação realizada pelo administrador analisando se o agente público ponderou adequadamente os elementos da realidade e não violou os limites de sentido do conceito buscando sempre atender o direito fundamental à boa administração pública³⁸⁹.

³⁸⁹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45. Para o autor, o 'mérito' (atinentes ao campo dos juízos de conveniência ou de oportunidade) não é diretamente controlável, mas o demérito ou a antijuridicidade o serão, inescapavelmente. Mais que nunca, a discricionariedade legítima supõe o aprofundamento da sindicabilidade, voltada à afirmação dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública.

CAPÍTULO VIII

8. A posição da doutrina brasileira sobre a relação entre discricionariedade e conceitos indeterminados

O estudo dos conceitos jurídicos indeterminados no direito brasileiro foi pouco desenvolvido, não existindo em nosso país uma teoria firme desenvolvida no plano doutrinário ou jurisprudencial. As contribuições dos autores nacionais mais importantes de Direito Administrativo divergem bastante entre si, trazendo para a discussão cada vez mais teorias e termos que foram desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência estrangeiras³⁹⁰.

Nesse quadro de diversidade, podemos vislumbrar os seguintes grupos de juristas:

- 1) os que consideram que os conceitos vagos ou imprecisos não dão margem à discricionariedade, porque apreender-lhes o sentido é uma operação mental puramente interpretativa da lei que leva a uma única solução válida possível;
- 2) os que entendem que os conceitos indeterminados são as únicas fontes do poder discricionário, ou seja, a discricionariedade advém de tais conceitos;
- 3) por fim, há aqueles que sustentam que os conceitos fluídos podem conferir discricionariedade à Administração. Dentro dessa linha vislumbramos duas correntes: para a primeira, a existência de discricionariedade quando o

³⁹⁰ KRELL, Andréas J.. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. In: *Revista de Interesse Público*. Ano 5, n° 23, janeiro/ fevereiro. Porto Alegre: Notadez, 2004. p. 22.

conceito indeterminado for um de conceito de valor, pois estes concedem ao administrador um poder que consiste na possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, o que significaria discricionariedade; para a segunda, não há discricionariedade quando o conceito indeterminado é um conceito de experiência ou conceito técnico, pois estas espécies não admitem soluções alternativas³⁹¹.

Vimos no decorrer da dissertação que os autores brasileiros do primeiro grupo sofreram grande influência do alemão Tezner Bühler e dos espanhóis García de Enterría e Sainz Moreno; sua teoria acaba por afastar qualquer discricionariedade diante dos conceitos jurídicos indeterminados.

Quanto ao segundo grupo, defendem eles a teoria do doutrinador português Queiró, que busca a limitar a existência da discricionariedade às hipóteses de utilização pela lei de conceitos práticos, ou seja, quando o legislador se vale de conceitos indeterminados para referir-se a fatos e ou situações pertencentes “ao mundo de valor”.

Quanto ao terceiro grupo, majoritário na doutrina nacional - e influenciado pelo direito italiano e, em parte, pelo direito alemão -, aceita a existência de certa margem de discricionariedade quando a lei emprega noções fluidas ou elásticas, que comportam apreciação pela Administração Pública quando relativas a determinados critérios de valor.

Consideramos que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos *conceitos indeterminados de prognose*, é suscetível de controle jurisdicional, ainda que

³⁹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. ano 3, n. 12, jul./set. 1995. p. 108.

bem restrito. O controle se faz cotejando-se o ato praticado com os princípios constitucionais e os princípios gerais de direito.

Neste aspecto, consideramos que essa operação que visa a valorizar os princípios é nota marcante da denominada fase pós-positiva do Direito, instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de direito nos novos textos constitucionais. Desse modo, os atos administrativos não devem ser controlados somente pela ótica da legalidade, devendo-se levar em conta também a sua juridicidade.

Essa “principalização” do Direito aumentou a margem de vinculação dos atos discricionários e daqueles atos praticados com base em preceitos normativos que contenham conceitos jurídicos indeterminados com alto conteúdo valorativo.

8.1 As possibilidades de controle judicial dos atos praticados com base em conceito indeterminado

Aqueles que consideram que os conceitos jurídicos indeterminados não dão margem a discricionariedade entendem que a interpretação do conceito é suficiente para afastar a sua indeterminação, devendo o administrador público optar para a única conduta possível para solucionar o caso concreto.

Veja-se como exemplo o pensamento do Gerson Sicca:

O controle da concretização de conceitos indeterminados é uma tarefa diversa do controle da atividade discricionária, e isto porque, enquanto na primeira, o administrador deve indicar a solução correta conforme o direito, de maneira objetiva e dotada de raciocínio passível de repetição pelo judiciário, na discricionariedade há a abertura de um espaço de liberdade ao administrador para que ele defina quando e como atuar, sem que o Juiz possa imiscuir-se, salvo erro manifesto, na decisão tomada³⁹².

³⁹² SICCA, 2006. p. 286.

Assim, não se confundem o uso dos conceitos jurídicos indeterminados no corpo do texto legal com atribuição de discricionariedade, pois as hipóteses de discricionariedade geram decisões de mérito, que são atos de volição consubstanciados em uma opção administrativa, segundo critérios de conveniência e oportunidade, e por isso esses atos não são passíveis de serem revisados pelo judiciário. Diferentemente, quando um texto legal contém conceito indeterminado, a apreensão do significado desses conceitos imprecisos gera um ato de inteligência, de interpretação, ato esse da alçada do Judiciário.

Desse modo, se a hipótese concreta se resume a interpretação, chega-se a conclusão de que existe uma ampla possibilidade de controle dos conceitos jurídicos indeterminados pelo Judiciário.

No entanto, devemos observar que apesar da aplicação do conceito jurídico indeterminado demandar previamente um ato intelectual que se situa no campo da vinculação, nem sempre a seu controle será pleno, existindo casos em que haverá restrição ao controle jurisdicional.

Verifica-se que a restrição ao controle judicial é admitida tanto nos atos vinculados quanto nos discricionários, com a diferença de que, enquanto nos primeiros a regra é o controle pleno, ao ponto de se admitir a substituição da decisão administrativa por uma decisão judicial, nos atos discricionários há uma limitação *a priori* derivada da liberdade conferida pela sociedade ao administrador para que este selecione os pressupostos que entenda mais convenientes e adequados, e profira a decisão a ser tomada.

Entre as decisões administrativas que não devem ser objeto de um controle judicial pleno, encontram-se àquelas que envolvem avaliações de caráter altamente pessoal e aquelas fundadas em *juízos de prognose*, ou seja, que envolvem juízos de probabilidade sobre acontecimentos futuros, como por exemplos matérias que envolvem exames acadêmicos e concurso, avaliações

funcionais de servidores públicos, os juízos valorativos de caráter artístico, ético-moral, questões de proteção ambiental³⁹³.

8.2 Os juízos de valor altamente pessoais

Vejamos a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Ementa:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE DE REPROVAÇÃO DA AUTORA CANDIDATA. IMPOSSIBILIDADE.

Não cabe ao judiciário anular prova de concurso ou rever critério de correção de provas e atribuição de notas, salvo se ocorrer ilegalidade demonstrada. Precedentes do extinto TFR. (TRF- 1ª Região – Apelação Cível 89.01.22214-0 – MT – Relator Juiz Souza Prudente – 2ª Turma – Decisão data: 25.09.1990, DJ 04.11.1991).

A limitação da atuação do Judiciário referida na ementa se justifica pela natureza do conteúdo do ato, uma vez que a avaliação de um candidato envolve, como na hipótese da verificação das condições intelectuais e didáticas de um concorrente ao cargo de professor, um juízo que dificilmente pode ser reconstruído pelo órgão judicial, dado que nestas hipóteses a lei valoriza a personalidade de convicção do examinador.

Todavia, se a norma legal ou o edital do concurso impuser ao examinador parâmetros de considerável objetividade e não remete a apreciação pessoal do avaliador, deve o judiciário exercer o controle, de maneira a verificar a observância dos princípios da igualdade, da razoabilidade e da imparcialidade, além de erro manifesto sobre os motivos do ato.

³⁹³ Segundo Bachof um exemplo de decisão de caráter prognóstico é a decisão da autoridade que recusou uma licença para instalação de uma bomba de gasolina, com base no perigo para o trânsito que a sua localização representava. Segundo Bachof tal decisão pressupõe uma prognose. Não seria correto que a Administração fosse obrigada pelo tribunal a emitir uma tal licença mesmo no caso dela (Administração) ter concluído no sentido de que a bomba de gasolina em questão, dada a sua localização (ou estrutura de sua construção), representaria um perigo para o trânsito. Por conseguinte, propõe Bachof que, em caso de dúvida em situações desta natureza, o direito à última decisão seja reconhecido à autoridade administrativa, naturalmente por razões ligadas à responsabilidade pelas conseqüências de uma eventual decisão errada (que sempre acontece em casos destes).

Veja-se como exemplo a decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 125.556:

Ementa:
CONCURSO PÚBLICO. JULGAMENTO SIGILOSO.
INCONSTITUCIONALIDADE.

Exame e avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, como por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos. Ilegitimidade do ato, que atenta contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do poder judiciário de lesão ou ameaça a direito. É que, se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou desacerto de tais critérios. Por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do judiciário lesão a direito. (STF – Recurso Extraordinário – Processo nº 125.556 – Relator Ministro Sepúlveda Pertence).

Podemos concluir que os exames não estão isentos de controle, quando o examinador estabelece parâmetros objetivos de correção o controle judicial dos exames se torna possível.

8.3 Os atos decorrentes do juízo de prognose

Outra limitação do controle judicial ocorre naquelas situações em que as decisões administrativas possuem caráter prognóstico, ou seja, aquelas decisões em que se exteriorizam considerações de acontecimentos futuros, como nos planos de urbanização ou medidas de políticas administrativas.

Essas decisões geralmente estão vinculadas aos *planos plurianuais* dos entes federativos, que realizam uma programação orçamentária de acordo com as necessidades de cada sociedade, inclusive possibilitando a participação dos administrados para elegerem onde deverá ser gasto o dinheiro público, adotando uma prática conhecida por *orçamento participativo*. Tomemos como exemplos a construção de hospitais, instalação de redes de esgoto, construção de obras viárias.

Pois bem, na prognose a lei concede ao administrador a atribuição de realizar uma espécie de avaliação que não pode ser enquadrada em um simples juízo de aplicação ou não da norma legal, pois a decisão é remetida a considerações de pura política administrativa ou a fatos que não podem ser apreciados porque estão projetados apenas, pertencendo ao futuro.

Entendemos que isto não impede o controle, mas apenas o limita “na medida da racionalidade possível³⁹⁴”, em razão da particularidade e a excepcionalidade da medida, que não se restringe ao procedimento de concretização da norma.

Para Antônio Francisco de Sousa a prognose se sujeita ao controle judicial, respeitados os seguintes parâmetros:

- Se a autoridade violou normas de procedimento;
- Se considerou aspectos estranhos à prognose;
- Se a prognose foi devidamente fundamentada;
- Se a prognose se apresenta plausível, racional e consensual;
- Se a administração observou na sua decisão prognostica os padrões gerais de valor;
- Se a prognose é reconhecidamente ou de modo evidente errada.

No entanto, a pesquisa revelou que existem decisões judiciais que buscam realizar o controle das políticas públicas da administração, contrariando a teoria do controle limitado dos conceitos fluidos de prognose. Nesses julgados, ficou claro que o julgador considera legítimo que o Judiciário adentre em questões que envolvam as políticas públicas.

Nesse sentido segue a seguinte decisão:

Ementa:
AÇÃO CIVIL PÚBLICA . ADOLESCENTE INFRATOR. CF, ART. 227, CAPUT. OBRIGAÇÃO DE O ESTADO MEMBRO INSTALAR E MANTER PROGRAMAS DE INTERNAÇÃO E SEMILIBERDADE PARA ADOLESCENTES INFRADORES. DESCABIMENTO DE DENUNCIAÇÃO À LIDE À UNIÃO E AO MUNICÍPIO.
Obrigação de o Estado-membro instalar (fazer as obras necessárias) e manter programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para que o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. Sentença que corretamente condenou o Estado a

³⁹⁴ SOUSA, 1994. p. 120.

assim agir, sob pena de multa diária, em ação civil pública proposta pelo MP. Norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por clara e forte, a afastar a alegação de que o judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias. Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes à vida digna dos menores. (TJRS – Apelação Cível nº 596.017.897 – 7ª Câmara Cível – Julgado em 12.03.97. Relator Desembargador Sérgio Gischkow Pereira).

Todavia, o controle limitado do conceito jurídico indeterminado que parece ser o mais acertado deve considerar a forma como a decisão foi tomada. Segundo Sicca:

Em um Estado Democrático, a unilateralidade ou pluralidade das decisões tomadas serve de importante elemento para a indagação referente à legitimidade do ato. Atos realizados por determinação de órgãos colegiados de caráter plural, ou ainda fundados em legitimação popular que transcenda o mecanismo formal de eleição de governantes (como nas experiências de democracia direta) devem ter este aspecto levado em consideração no momento do controle do ato, o que permite ao judiciário a análise das condições em que as decisões de caráter prognóstico foram estabelecidas. Em decorrência do princípio democrático, afora o respeito ao pluralismo político, deve-se concluir que decisões unilaterais da administração estão expostas, em tese, a um controle maior do que deliberações tomadas com a participação dos cidadãos interessados, conquanto isso não signifique que as decisões tomadas por meio de procedimentos participativos possam atropelar direitos dos administrados ou escapar dos limites advindos da interpretação dos conceitos indeterminados contidos nos preceitos jurídicos³⁹⁵.

Os parâmetros do controle da atividade administrativa impõem ao poder judiciário a verificação da objetividade e racionalidade da decisão administrativa, admitindo o controle nos limites estabelecidos pela ordem jurídica. Segundo Germana de Oliveira Moraes:

É mister perquirir até que ponto os Tribunais podem controlar a administração, sem que se transformem no “gigante atado de Lilliput”, ao qual já foi comparada, a ponto de tolher seu funcionamento. É certo que os princípios constitucionais da administração pública, dentre os quais o da legalidade, e as normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais, propiciam ao poder judiciário apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, potenciando, inclusive, o reconhecimento e a garantia do exercício dos direitos lesionados ou ameaçados. Contudo, a impossibilidade de o julgador renovar os juízos de prognose do agente administrativo, durante o exercício da

³⁹⁵ SICCA, 2006. p. 273.

discricionariiedade, para fins de constituir nova decisão, quando do direito não é possível se inferir outra objetividade, constitui o ponto de equilíbrio que resguarda a autonomia da administração, pois continuará competindo a ela, após a remoção do ato impugnado judicialmente, reedita-lo, ainda que sempre adstrita às limitações jurídicas contrastáveis jurisdicionalmente³⁹⁶.

Almiro do Couto e Silva relaciona a distinção entre a discricionariiedade administrativa e aplicação dos conceitos legais indeterminados justificando os tipos de controle:

Essa impossibilidade relativa do controle judicial da aplicação dos conceitos indeterminados pela administração pública não os transforma, entretanto, em fonte do poder discricionário. A diferença fundamental que há entre poder discricionário e conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, está em que, no primeiro o controle restringe-se aos aspectos formais, externos (competência do agente, forma, desvio de poder), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência e oportunidade da medida – no mérito do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro. Todavia, no pertinente aos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é, em princípio, total, só se esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada³⁹⁷.

A limitação do controle de aplicação dos conceitos indeterminados é determinada pela natureza do juízo desenvolvido pela administração. Se a lei, e isso o juiz deverá constatar mediante a interpretação da norma e da natureza do ato administrativo, exige um juízo que transcende o procedimento racional de concretização do direito (juízo este a ser comprovado tanto na apreciação sobre a idade de um servidor para fins de aposentadoria compulsória como na verificação de perturbação da ordem pública ou de ameaça à saúde pública, havendo divergência apenas no grau de determinação estabelecido pela norma), tem o juiz que identificar os limites dos pressupostos racionais passíveis de controle, como em decisões de planificação administrativa.

³⁹⁶ MORAES, Germana. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Dialética, 1999. p. 105.

³⁹⁷ SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 179/80, jan./jun. 1990, p. 59.

Deve-se sempre asseverar que o judiciário nunca pode abster-se de controlar o mínimo de racionalidade imposto para o ato, o que torna essencial a motivação e a racionalidade da argumentação desenvolvida pelo agente administrativo, pois, a revisão judicial dos atos administrativos objetiva sempre a proteção dos direitos fundamentais e do interesse público.

Uma deve ser feita: o Poder Judiciário sempre pode ser acionado para sentenciar se a Administração se conteve dentro da esfera de liberdade que lhe tenha sido deferida pela lei.

A dificuldade surge quando a discricionariedade decorre da utilização de conceitos indeterminados na estrutura normativa. Embora fluídos, tais conceitos têm limites, pois, do contrário, não seriam conceitos, como observa Queiró³⁹⁸.

Assim, quando os conceitos fluídos a serem interpretados se localizarem na zona cinzenta, existindo grande dúvida acerca da certeza a ser averiguada no caso concreto, de modo que o controle judicial nesses casos será parcial.

Nesses dizeres segue a citação de Krell:

Ao mesmo tempo, existem áreas cinzentas ou “zonas de incerteza”, dentro das quais podem haver diferentes opiniões sobre a questão, se a hipótese da norma foi preenchida pelos fatos do caso concreto. Nessas “zonas de penumbra”, contudo, em que renasce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza se os fatos se ajustam à hipótese legal abstrata, somente se admite um controle judicial parcial³⁹⁹.

Mais uma vez é preciso não esquecer a diferença entre os conceitos de experiência e os conceitos de valor. No que tange ao controle judicial, quando

³⁹⁸ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 7, jan./mar. 1947. p. 53.

³⁹⁹ KRELL, p.38.

se tratar de conceitos de experiência, passíveis de serem determinados por intermédio de interpretação, a sindicância é ampla, pois o Judiciário, como função típica, deverá interpretar o alcance das normas jurídicas para sua justa aplicação.

Quando se tratar de conceitos de valor, em que há necessidade de uma apreciação subjetiva do órgão administrativo para o seu preenchimento, o controle judicial é apenas um controle de contornos, de limites, sob pena de substituir-se a discricionariedade administrativa pela decisão judicial, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Têm sido observados alguns critérios apontados pela jurisprudência administrativa no Brasil para o controle dos conceitos jurídicos indeterminados.

Outrossim, a profundidade do controle é variada, não havendo uma uniformidade de atuação, podendo existir uma diferenciação no grau de abrangência desse controle.

Cumprе assinalar que foram desenvolvidas algumas técnicas para retraçar o perímetro da discricionariedade e detectar as distorções e abusos administrativos cometidos sob o abrigo de sua confortadora coberta: os princípios, o exame dos motivos do ato e a teoria do desvio de poder.

É dado ao juiz perquirir, após a revisão dos elementos predominantemente vinculados do ato administrativo, se o administrador público, durante o processo de concepção do ato discricionário – ao avaliar, examinar, valorar e aditar os pressupostos de fato e de direito -, motivou-os, guiando-se pelos parâmetros decisórios ditados pelos princípios da legalidade, do interesse público, da publicidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência, entre outros.

Se o juiz concluir, de modo contrário, que o ato administrativo malferiu os princípios jurídicos, poderá exercer um controle meramente negativo, restringindo-se a determinar a invalidação do ato, cabendo à Administração Pública renovar sua expedição, excluído, por óbvio, o conteúdo anterior.

Assim, o mister do Poder Judiciário é verificar a legalidade do ato e fulminar toda atividade ilegal. O exame da medida deve englobar a observância de todo o sistema normativo, principalmente os princípios que norteiam a atuação administrativa.

O Tribunal Regional Federal da Terceira Região delimita o âmbito do controle realizado pelo Poder Judiciário desta forma:

Ementa:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ADMINISTRATIVO - SUNAB - CONTROLE DE LEGALIDADE - PODER JUDICIÁRIO - MULTA - CORREÇÃO.

I. Inserem-se no controle da legalidade efetuado pelo poder judiciário, a verificação não só da conformidade do ato com a lei, mas também a sua moralidade e o interesse social, para que não se permita à administração, principalmente sob o abrigo da discricionariedade, praticar atos eivados de abuso de poder, prestigiando interesses individuais e não os coletivos.

II. O ato administrativo impugnado revestiu-se de legalidade e a multa aplicada não pode ser considerada exorbitante tendo em vista não ter o embargante cumprido a determinação legal desde sua instituição.

III. Apelação improvida.

(TRF – 3ª Região – Apelação Cível – Processo nº 1990.03.0213336-4 – SP – 6ª Turma – Data da decisão: 08.09.99 – DJ data: 17.11.99 – pág. 652 – Relator Juiz Arnaldo Laudisio).

Acerca do assunto, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região demonstra, com clareza, o controle da discricionariedade do administrador com base no princípio da razoabilidade:

Ementa:

ADMINISTRATIVO. MEDIDAS DE DEFESA AMBIENTAL. PROIBIÇÃO DA PESCA EMBARCADA NO PERÍODO DA PIRACEMA. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. ATO MOTIVADO. CONTROLE JUDICIAL DE MÉRITO LIMITADO À RAZOABILIDADE.

1 - Nos termos do art. 33, § 2º, do Dec.-Lei n. 221/67, "a pesca pode ser transitória ou permanentemente proibida em águas de domínio público ou privado".

2 - A lei n. 7.679/88, art. 2º, também prevê que "o Poder Executivo

fixará, por meio de atos normativos do órgão competente, os períodos de proibição da pesca, atendendo às peculiaridades regionais e para proteção da fauna e flora aquáticas, incluindo a relação de espécies, bem como as demais medidas necessárias ao ordenamento pesqueiro".

3 - Em se tratando de ato administrativo predominantemente discricionário, o controle judicial de mérito está limitado à razoabilidade.

4 - Vai além desse limite sentença em que o juiz substitui o administrador na escolha entre o interesse ambiental, que envolve, inclusive, a questão da sobrevivência de gerações futuras, e o interesse social e econômico de um grupo restrito de pescadores.

(TRF – 1ª Região – Apelação em Mandado de Segurança – Processo nº 1998.010.00.65057-5 – MG – 1ª Turma – Data da decisão: 16.06.00 – DJ data: 27.07.00 – pág. 11 – Relator Juiz Plauto Ribeiro).

O Tribunal de Justiça do Paraná no Mandado de Segurança nº 4.3324- 9, 1ª Câmara Cível, tendo como relator o Desembargador Pacheco Rocha, unânime, julgado em 18.12.95, já procedeu ao controle de deslocamento por “necessidade de serviço”. A situação era a seguinte: um funcionário público do Município de Ortigueira teria sido deslocado para outra localidade por necessidade do serviço.

O controle realizado pelo Tribunal baseou-se no princípio da razoabilidade. No entanto, o Tribunal relaciona a questão dos conceitos jurídicos indeterminados com a discricionariedade, reconhecendo a atribuição de tal espécie de poder ao administrador, quando este autoriza a prática do ato questionado, por razão de “necessidade de serviço”.

Merece ser transcrito um trecho da referida decisão:

No entanto, mesmo no caso de atos praticados com certa dose de discricionariedade, o seu exame não está totalmente imune à apreciação judiciária. É invocado o chamado princípio da razoabilidade para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável.

No controle da discricionariedade resultante dos conceitos jurídicos indeterminados, um importante aliado é a verificação dos motivos, quer em relação à exatidão ou realidade material das circunstâncias concretas que

impulsionam o exercício da competência, quer em relação à operação de subsunção realizada pela Administração ao qualificar juridicamente os fatos perante tais conceitos imprecisos.

O problema dos conceitos indeterminados parece não ser totalmente compreendido pela jurisprudência pátria, pois esta segue a linha francesa, que apregoa ser possível o controle de “qualificação jurídica dos motivos”.

Jean Rivero afirma que o controle do juiz tem sempre por objeto a exatidão material dos motivos de fato. Por mais amplo que seja num ato o poder discricionário da administração, a exatidão material dos motivos quando a Administração os deu a conhecer, está, portanto, sempre subordinada ao controle do juiz. Quanto à qualificação dos fatos, sustenta o referido autor que a lei pode fixar as características que deve apresentar a situação de fato que permite à Administração agir. Nesse caso, não basta, para que o ato seja legal, que os fatos invocados existam materialmente, é ainda preciso que reúnam essas características; se a Administração os apreciou inexatamente, o juiz syndica esse erro⁴⁰⁰.

O Conselho de Estado Francês já deparou, em inúmeras oportunidades, com o tema das “noções vagas” ou “indeterminadas”. É em relação aos motivos do ato que o assunto é analisado⁴⁰¹. Existem três graus no controle dos fatos: o controle da materialidade, o controle da qualificação dos fatos e o controle da adequação da decisão dos fatos.

O controle da materialidade (controle mínimo) é uma simples constatação, pois se trata de verificar se os fatos ocorreram ou não. O controle da qualificação dos fatos (controle normal) é um pouco mais aprofundado que, o primeiro, objetiva verificar se os fatos produzidos são de natureza a justificar a decisão.

⁴⁰⁰ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 294/295.

⁴⁰¹ DI PIETRO, 2001. p. 108.

O controle de adequação da decisão aos fatos (controle máximo) é o que se exerce em hipóteses limitadas, em que o juiz não apenas aprecia se o fato justifica uma medida por parte da Administração, mas também julga se a medida tomada foi a mais adequada entre as medidas possíveis⁴⁰².

Em qualquer dos três graus de controle, aplica-se, no Direito francês, a teoria do erro em manifesto⁴⁰³, que se enquadra como modalidade de controle mínimo, amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência. Outro aspecto utilizado no controle dos motivos é o da proporcionalidade dos meios aos fins.

No Direito francês, não se encontra uma doutrina específica sobre os conceitos jurídicos indeterminados; há uma tendência da jurisprudência em ampliar o controle da Administração quando se trata dessa espécie de conceitos, o que é feito com relação ao exame dos motivos e mediante aplicação da teoria do erro manifesto e do princípio da proporcionalidade⁴⁰⁴.

No Direito brasileiro, constatamos que a doutrina faz uma divisão que a jurisprudência ainda não incorporou. A maioria das decisões afirma que cabe ao Judiciário controlar os motivos do ato administrativo. Isso inclui existência e qualificação, logo conceitos jurídicos indeterminados.

Do ângulo judicial, a problemática é muito semelhante à vivida na jurisprudência francesa (que apresenta limites da apreciação judicial da qualificação jurídica dos fatos que embasam a atividade administrativa). Ocorre que, na jurisprudência brasileira, o controle é amplo, diferentemente do que ocorre na França, onde há um controle mínimo, normal e máximo.

⁴⁰² Nesse sentido, ver RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 297/298; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 109.

⁴⁰³ É aquela valoração ou qualificação dos fatos flagrantemente incorretos, erros evidentes, que saltam aos olhos sem que haja necessidade de um perito na matéria.

⁴⁰⁴ DI PIETRO, 2001. p. 110.

No Brasil, a jurisprudência utiliza o desvio de poder como critério no controle dos conceitos jurídicos indeterminados. Incerta na teoria do desvio de poder está a divergência entre o fim perseguido com a emanção do ato e a finalidade buscada na lei, seja para a obtenção de interesses privados, seja para a realização do outro fim público diverso.

Na lição de Cretella Júnior, desvio de poder é o “uso indevido que a autoridade administrativa competente faz do *poder discricionário* que lhe é conferido, para atingir a *finalidade diversa* daquela que a lei explícita o implicitamente preceitua⁴⁰⁵”.

Sobre o assunto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, ao julgar a Apelação Cível nº 1.422, tendo como relator Seabra Fagundes, proferiu um importante acórdão que é autêntico *leading case*:

Ementa:
PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. ABUSO DESSE PODER. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
No que concerne a competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro.
O ato que, encobrando fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre.
O “fim legal” dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei.
O direito que resulta, não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez e certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança.

Trata-se de situação em que a autoridade estadual havia fixado horário de tráfego para uma empresa de ônibus, de modo a prejudicá-la em benefício de empresa concorrente. O ato foi anulado por desvio de poder: o seu resultado, em concreto, objetivava interesse particular, desatendendo à finalidade de interesse público do bom funcionamento do serviço, em virtude do qual fora concedida a competência para fixação do horário dos ônibus.

⁴⁰⁵ CRETELLA JÚNIOR, 1997. p. 31.

Vitor Nunes Leal, em comentário ao Acórdão, destaca a preciosa contribuição da referida decisão para o Direito: foi aprofundado o estudo do poder discricionário. Ressalta que esse acórdão constitui corajosa inovação em nossa jurisprudência, rompendo a praxe reiterada dos nossos tribunais, que sempre declaram os atos discricionários insusceptíveis de apreciação jurisdicional, sem aprofundar a questão da possível arbitrariedade do poder discricionário. Acrescenta que, se a Administração, no uso do seu poder discricionário, não atende o fim legal é um limite do poder discricionário.

O Poder Judiciário, mesmo quando se atém ao desvio do fim legal do ato praticado, baliza ou demarca a esfera de ação discricionária ou de ação arbitrária. Quando, porém, o ato administrativo é arbitrário, as cautelas do Judiciário devem ser extremas, para não se substituir ao administrador na mera apreciação da conveniência ou oportunidade da medida questionada.

O critério mais adequado consiste (salvo circunstâncias excepcionais) em indagar não se o fim visado é diverso do objetivado pela lei instituidora da competência (como ocorre com o *détournement de pouvoir* dos franceses), mas se o fim real do ato, embora dissimulado, constitui, em si mesmo, uma ilegalidade⁴⁰⁶.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu ser plenamente possível exercer um controle do decreto desapropriatório quando se verificar desvio de poder:

Ementa:
DESAPROPRIAÇÃO. FINALIDADE. DESVIO DE PODER.
É lícito ao Poder Judiciário, declarar nulo decreto expropriatório onde se verifica desvio de poder. É nulo decreto declaratório de utilidade ou necessidade pública, onde não se especifica a finalidade da desapropriação.
(STJ – Recurso Especial – Processo nº 36.611 – SC – 1ª Turma – Data da decisão: 21.06.94 – DJ data: 22.08.94 – pág. 21214 – Relator Ministro Humberto Gomes Barros).

⁴⁰⁶ LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. In: *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 285/286.

Nessa decisão prevaleceu o entendimento de que o desvio de poder caracteriza-se quando o ato administrativo mantém-se formal e aparentemente dentro dos limites da faculdade discricionária, mas o administrador utiliza a discricionariedade para fins diversos dos atribuídos por tal faculdade.

No entanto, na fundamentação da decisão, reafirma-se posição daquela Corte:

Conquanto ao Judiciário seja defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência da desapropriação, pode e deve ele escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato bem como à finalidade, pois, aí, reside o freio à discricionariedade, por isso que a declaração de utilidade pública terá de indicar, precisamente, o fim a que de destina a expropriação.

A utilização da “finalidade legal” figura como elemento importante no controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados. O Superior Tribunal de Justiça, no acórdão referido, entendeu haver comprovação plena da mencionada questão nos autos do processo.

Oportuna é a decisão do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, reveladora da diferença entre a discricionariedade e o abuso de poder, institutos que não se confundem:

Ementa:

ADMINISTRATIVO. MEDICO DO INAMPS. **REMOÇÃO**. DISCRICIONARIEDADE E ABUSO DE PODER.

- A administração pública tem o poder de dispor de seus servidores como melhor convier ao interesse público, lotando-os em órgãos ou setores onde os mesmos se façam necessários, segundo a habilitação e atribuições de cada um. Trata-se de um poder exercido de forma discricionária, de acordo com a conveniência e a necessidade do serviço. Assim e que, ao movimentar um funcionário para um outro órgão onde o mesmo não possa executar trabalhos compatíveis com as atribuições e especialidade do seu cargo, como e o caso de médico neurocirurgião removido de centro cirúrgico para ambulatório, configura-se abuso de poder por parte da administração, reparável através do mandamus.
- Apelação e remessa desprovidas.

Realizado o controle do ato administrativo, o juiz, tendo decidido, pela sua invalidade, não poderá apontar como deverá ser editado o novo ato. Emitida a decisão judicial invalidadora, cabe ao administrador expedir novo ato, com conteúdo diferente do primitivo, pois remanesce intocável certa área de liberdade de decisão administrativa não apreciada pelo juiz.

Aliás, é um erro, para Hely Lopes Meirelles, considerar o ato discricionário imune da apreciação judicial. O autor destaca:

Só a Justiça poderá dizer da legalidade, da invocada discricionarieidade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração⁴⁰⁷.

Lúcia Valle Figueiredo entende que o Judiciário pode e deve fazer amplo controle dos atos administrativos, ressaltando:

Cabe ao próprio Judiciário, ao dissecar o ato, traçar o limite de exame, a fim de deixar intocável a esfera devida do administrador. Deve percorrer a trilha do exame até o momento em que, quer a decisão “a”, quer a “b”, sejam ambas possíveis, por não se poder mais discernir qual a melhor⁴⁰⁸.

Diversa é a situação em que o administrador público adotou medida legítima, de acordo com um juízo discricionário, e o Poder Judiciário anula esse ato por entender que caiba, na espécie, outra solução legal, mais adequada ou efetiva. Nesse caso, o juízo discricionário do agente público não pode ser substituído pelo juízo discricionário do juiz; estar-se-ia diante de uma invasão de

⁴⁰⁷ MEIRELLES, 1994. p. 104/105.

⁴⁰⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discricionarieidade: poder ou dever. In: MELLO, Celso Antônio de. (Coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 130.

competência e ingerência de um poder sobre o outro. O ato é perfeitamente válido.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça entende que o Judiciário não pode substituir a discricionariedade do administrador público:

Ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LIMITE DE ATUAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

1. No Processo Administrativo Disciplinar, instaurado para apuração de falta cometida por funcionário público, a autoridade encarregada do julgamento não se vincula ao parecer da comissão e, desde que fundamentado, pode, inclusive, aplicar penalidade mais grave, sem possibilidade de o Judiciário substituir sua legítima discricionariedade. No entanto, no estreito limite do controle da legalidade do ato administrativo, defere-se ao Judiciário a competência para afastar alteração injustificada, em afronta à gradação prevista na legislação de regência para aplicação de penalidades, do enquadramento proposto pela comissão.

2. Recurso provido.

(STJ – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – Processo nº. 1998.00.75673-6 – BA – 6ª Turma – Data da decisão: 16.03.99 – DJ data: 26.04.99 – pág. 128 – Relator Fernando Gonçalves).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar questão sobre a banca examinadora no processo seletivo, decidiu:

Ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO. Incabível, em mandado de segurança, discutir-se o critério fixado pela Banca Examinadora para a habilitação dos candidatos. A penalização, nas questões de múltipla escolha, com penalização consistente no cancelamento de resposta certa para questão ou questões erradas, e questão de técnica de correção para tal tipo de provas, não havendo nisso qualquer ilegalidade. Incabível, outrossim, reexame das questões formuladas pela Banca Examinadora e das respostas oferecidas pelos candidatos. (STF – Mandado de Segurança nº 21176/DF – Data do Julgamento: 19.12.1990. Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Relator: Aldir Passarinho).

Celso Antônio Bandeira de Mello, referindo-se ao assunto, expõe:

Não se pretende de forma alguma que a amplitude da investigação judicial dos atos administrativos chegue ao ponto de levar à substituição do juízo do administrador sobre a oportunidade e a conveniência pelo Juízo do Poder Judiciário. Pretende-se frisar que o juízo administrativo, para manter-se no quadro de legitimidade e, portanto, em seu correto âmbito de expressão, há de acantonar-se dentro dos limites impostos pelos deveres da 'boa administração', isto é, os que decorrem de uma racional adequação entre os atos praticados e a finalidade legal que os justifica⁴⁰⁹.

Dessa forma, pode-se perguntar: existe controle da discricionariedade ou há um controle dos limites da discricionariedade? Realmente, o que há é um controle dos limites da discricionariedade e não dela em si.

Portanto, o caráter discricionário do ato não o torna imune de apreciação judicial, como o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de assentar, apreciando o RMS 21485-6-DF, Relator: Ministro Marco Aurélio. Naqueles autos, o Ministro Carlos Velloso assim se manifestou:

“Sr. Presidente, segundo pude apreender, sobretudo da exposição feita pela eminente Subprocuradora Geral, o ato impugnado, no caso, é mesmo um ato discricionário, vale dizer, a lei proporciona opção à autoridade, em termos do conteúdo e dos motivos do ato. O legislador que age em termos abstratos nem sempre poderia adotar, em concreto, a melhor decisão. Para esse fim, o legislador proporciona ao administrador a opção indicada. Em Direito Administrativo, sobretudo no contemporâneo Direito Administrativo Europeu, e, especialmente, no Direito Administrativo espanhol, que tem como seu maior expositor o Professor Eduardo García de Enterría, destaca-se a corrente doutrinária no sentido de que a obrigação do administrador, nesses casos, além de ser política é, também, uma obrigação jurídica, que se sujeita, por isso mesmo, ao controle judicial. Durante muito tempo, a corrente doutrinária clássica chegou a sustentar a impossibilidade de se sujeitar o ato administrativo discricionário, no que tange ao conteúdo e aos motivos, ao controle judicial. Tem-se como admissível, entretanto, esse controle, principalmente a partir das lições de García de Enterría, na Espanha, de Afonso Rodrigues Queiro, em Portugal, de Agustín Gordillo, na Argentina, e no Brasil, de Celso Antônio Bandeira de Mello. Por isso, Sr. Presidente, é que o ato discricionário, mais do que o vinculado, deve ser motivado, para que possa o Poder Judiciário exercer esse controle”.

⁴⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle judicial dos atos administrativos*. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 16. n. 65, jan/mar. 1983. p. 34.

Assim, pelo exame do motivo do ato administrativo, pela teoria do desvio de poder e pela submissão aos princípios, poder-se-á averiguar se a Administração, no caso concreto, não ultrapassou os limites de sua competência e se agiu de forma arbitrária, irrazoável.

A discricionariedade proveniente dos conceitos jurídicos indeterminados está sujeita ao controle judicial, ressalte-se que é um controle de limites, pois do contrário estaria se substituindo o juízo do administrador sobre a oportunidade e conveniência pelo juízo do Poder Judiciário, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

8.4 Os argumentos de Antônio Francisco de Sousa contra um controle judicial profundo

Depois de expostas às três posições reconhecidas pela doutrina acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, entendemos que as decisões que aplicam esses conceitos são vinculadas e que podem e devem ser tomadas da forma mais objetiva possível.

No entanto, reconhecemos que dependendo da teoria a ser adotada para justificar esse controle, as consequências serão diversas.

Os argumentos contra um controle jurisdicional profundo dos conceitos legais indeterminados elencados por Antônio Francisco Sousa são os seguintes:

8.4.1 Falta de preparação técnica dos juízes.

Como os juízes somente possuem preparação estritamente jurídica, quando se depararem com questões que envolvam assuntos estritamente técnicos não deverão se pronunciar, respeitando a decisão dos peritos, ou seja, da Administração. Em razão da falta de conhecimento técnico, qualquer decisão judicial sobre esta questão seria meramente arbitrária e penetraria na esfera da atividade administrativa.

8.4.2 O juiz se encontra afastado no tempo e no espaço da realidade em que se enquadra a decisão que deve apreciar.

O judiciário estaria impedido de controlar os atos administrativos uma vez que se encontra distante da realidade na qual o ato praticado se sustentou. Ademais, determinadas vezes torna-se difícil reconstituir a situação sobre a qual o juiz vai se pronunciar devendo nesses casos o Judiciário se recusar a apreciar a questão. “Como poderia o juiz decidir sobre questões ocorridas a muito tempo e que frequentemente não podem ser apreciadas fora do contexto em que se verificaram?”⁴¹⁰”

8.4.3 Aquele ato administrativo praticado é componente de uma estrutura muito maior.

A decisão administrativa é cada vez mais tomada no quadro de um programa de ação de natureza político-administrativa traçado pelas entidades administrativas, nunca podendo ser apreciadas fora do contexto do programa em que foi tomada.

Essas decisões visam à realização de um programa de ação que resulta em escolhas administrativas complexas e que tentam a equacionar uma pluralidade de interesses envolvidos.

Neste último caso, salienta Sousa:

Hoje, quase toda a atividade administrativa assenta em programas ou planos de atuação, a curto, a médio, e a longo prazo, nos mais diversos setores da atividade administrativa, com sejam as finanças, a economia em geral, as vias de comunicação, o meio ambiente, a edificação urbana. Como poderá ser devidamente apreciado o valor monumental de um edifício fora do contexto de um programa regional ou nacional de salvaguarda do património? Como poderá ser apreciada uma medida que visa a proteção do meio ambiente fora do respectivo programa nacional ou regional (e muitas vezes internacional) e dos meios económicos e materiais para esse fim disponíveis? Ora, o juiz está totalmente alheio, até mesmo pela

⁴¹⁰ SOUSA, 1994. p. 199.

natureza de suas funções, deste tipo de atividade. Por isso, não está a altura de poder pronunciar-se com exactidão nesses domínios⁴¹¹.

8.4.4 A natureza dinâmica da Administração Pública atual.

A natureza das funções e tarefas hoje atribuídas à Administração exige que esta possua flexibilidade e dinâmica, um campo de manobra em que se possa livremente mover, a fim de poder escolher o momento exato e a forma mais adequada da sua atuação.

Esse argumento se sustenta sob a idéia de que o controle jurisdicional pleno emperraria a Administração, pois, poderia deixar as decisões administrativas vulneráveis o que prejudicaria o interesse público em questão.

8.4.5 A Inflação legislativa.

O elevado número de regulamentações administrativas prejudicará o atendimento adequado às circunstâncias do caso concreto, pois a justiça do caso concreto exige soluções adequadas e imediatas⁴¹².

8.4.6 Responsabilidade político-administrativa da Administração.

Deverá a última palavra ser da administração e não dos tribunais, pois quem assume toda a responsabilidade política pela atividade administrativa é a própria Administração e não os Tribunais.

8.4.7 Legitimidade democrática da Administração.

A atuação da Administração busca seu fundamento na vontade popular, uma vez que o administrador público é escolhido pelo povo, através de um processo

⁴¹¹ Ibid, p. 199/200.

⁴¹² Ibid, p. 201. O vastíssimo número de regulamentações normativas que está a caracterizar o moderno Estado de Direito democrático no sentido de tudo regulamentar para que Administração não falte às suas incumbências e o particular não seja afetado nos seus direitos ou ilibado das suas responsabilidades, conduz-nos paulatinamente para uma babilônia de normas cada vez mais especializada e pormenorizadas, cujo efeito imediato é um flagrante aumento desmedido da burocracia, da atividade administrativa e uma maior incerteza da posição jurídica do particular face à Administração e vice-versa.

eleitoral, no qual se responsabiliza a gerir a coisa pública em nome do povo respondendo politicamente perante ele. O judiciário carece dessa legitimidade democrática, motivo que sustenta a idéia de que cabe a administração à última palavra.

8.4.8 Caráter institucional da Administração.

A Administração é um órgão independente que se configura pela imparcialidade de suas decisões, visando sempre o interesse público, onde resultaria uma função quase-judicial.

8.5 Os argumentos de Antônio Francisco de Sousa a favor de um controle judicial profundo

Os argumentos que apóiam o controle jurisdicional profundo (em princípio pleno, mas ocasionalmente limitado) dos conceitos legais indeterminados, são os seguintes:

8.5.1 Especificidade da função precípua do judiciário que é julgar.

A função do Poder Judiciário é servir de guardião da correta interpretação e aplicação da lei ao caso concreto, nunca podendo se abster de dizer o Direito. Como órgão autônomo e imparcial o poder judiciário possui legitimidade para realizar a última análise acerca do ato administrativo. Caso seja retirada a sua competência para julgar não haveria necessidade da sua existência.

Conforme lembra Sousa, a posição do juiz e da Administração são bem distintas: à Administração compete agir com justiça; pelo contrário, ao juiz compete institucionalmente decidir o que é justo⁴¹³.

8.5.2 A interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados é sempre uma atividade da Administração vinculada ao Direito.

⁴¹³ Ibid, p. 205.

Em razão da vinculação à lei, em todas as situações há apenas uma solução justa, ou seja, sempre haverá uma única melhor solução, principalmente se adotarmos como nos referimos anteriormente a teoria da adequabilidade normativa.

A interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados representam sempre uma mera atividade de reconhecimento ou constatação de uma realidade existente. Diante dessa constatação a lei impõe somente uma modalidade de comportamento, de tal sorte que a Administração se encontra vinculada a decidir de acordo com o que é estabelecido na lei. Não se poderia admitir que a autoridade administrativa tivesse uma liberdade para decidir, pois diante das circunstâncias postas somente haveria uma decisão a ser seguida.

Nesse sentido, se existe apenas uma decisão justa, significa que o legislador vinculou a autoridade administrativa, motivo pelo qual se justifica o seu controle.

8.5.3 O argumento da falta de preparação técnica é muitas das vezes mais aparente do que real.

A falta de preparação técnica do juiz não pode ensejar na conclusão de que o ato da Administração não poderá ser passível de controle, pois a complexidade técnica de uma matéria não significa atribuição de poder discricionário.

Desse modo, quando o conflito a ser decidido pelo judiciário envolver matéria que comporta um estudo técnico específico, caberá ao juiz nomear um perito para que este possa avaliar dentro de seus conhecimentos técnicos a questão demandada no processo auxiliando a decisão do julgador.

Dessa forma, afirmar que o judiciário é incompetente para julgar questões técnicas é completamente descabida no direito processual brasileiro, porque mesmo que o juiz detenha conhecimento específico em determinado assunto, ele deverá nomear uma pessoa qualificada para lhe esclarecer tal fato, porque ao juiz cabe julgar de forma imparcial as questões a que são levadas,

apreciando de acordo com a sua livre convicção as provas levantadas nos autos.

Dessa forma, será inadmissível que os juízes por comodismo diante do mal definido “mérito” da atuação administrativa, permita que prevaleça o arbítrio administrativo, pois, o judiciário tem o dever de decidir da forma mais eficiente possível às causas que lhes são demandados.

8.5.4 A dificuldade de controle não pode ser entendida como uma base de legitimidade para certa liberdade da Administração.

Diante de algumas situações é certo que o Judiciário poderá se deparar com aquelas comportam difíceis pronunciamentos, tais como, saber se a pessoa X é idônea ou não.

No entanto, após analisar toda a questão contextualizada com a realidade que a circunscreve o administrador somente poderá alcançar uma resposta, a pessoa é ou não idônea. Como conseqüência a interpretação da lei ao caso concreto é sempre vinculada, devendo o juiz sempre que solicitado controlar essa interpretação/ aplicação da lei.

Nesse contexto, compreende-se que a dificuldade de controle não poderá se sustentar na legitimação de discricionariedade ou de margem de apreciação para a Administração, embora existam alguns autores que sustentam o contrário.

O que não se pode exigir é que os juízes ultrapassem os limites impostos a um controle fundado e criterioso, pois, pelo fato da causa analisada ser vinculada o juiz não se encontra obrigado a realizar o controle pleno, pois existem casos que por sua natureza não devem ser controlados integralmente, como por exemplo, as decisões administrativas altamente pessoais, as valorações vinculativas e as decisões de caráter prognóstico.

Na interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o juiz tem sempre legitimidade para um controle tendencialmente pleno; todavia, somente

deverá exercitar o seu controle até ao limite que os elementos de que dispõe lhe permitam.

Somente o juiz é que será capaz de estabelecer o limite de seu controle. No entanto, a função que lhe é confiada no quadro do Estado de Direito exige que o juiz investigue, exija fundamentos e provas, procure os critérios de decisão, acompanhe os passos dados no procedimento decisório, enfim, que seja um juiz inconformado em busca da justiça⁴¹⁴.

8.6 Nossa posição

Diante dos argumentos acima descritos concluímos que no Estado Democrático de Direito os conceitos jurídicos indeterminados exigem o seu controle pleno, sob pena de comprometimento irremediável da segurança dos particulares perante o Estado.

O princípio da separação dos poderes prega desde a sua origem a teoria da interferência dos poderes, tendo em vista seu controle recíproco e a manutenção das liberdades.

Ao reconhecer o controle pleno dos conceitos fluidos não significa que ele deva ser exercido na sua plenitude. Na medida do possível o controle será pleno, mas caberá ao juiz estabelecer a linha-limite de seu controle, de forma a não cair no arbítrio. Assim, ao adotarmos a teoria de que os atos administrativos praticados com base em conceitos jurídicos indeterminados são atos vinculados por comportarem uma única interpretação/aplicação do direito, sendo, portanto passíveis de controle pelo poder judiciário chegamos as seguintes conclusões:

Para os administrados essa teoria garante uma maior proteção jurídica aos direitos fundamentais, não deixando que a liberdade dos cidadãos fique ao mero arbítrio administrativo.

⁴¹⁴ Ibid, p. 209.

Para a administração, a teoria adotada que subordina os atos da Administração ao controle de um terceiro órgão, independente e imparcial dignifica e fortalece a sua imagem legitimando a sua ação. Como ressalta Sousa:

Desconfie-se da Administração de prerrogativas, excluída do controle jurisdicional, mas nunca da Administração que exerce a sua atividade num regime em que existe e funciona efetivamente um controle jurisdicional independente e imparcial. O controle jurisdicional, em vez de debilitar fortalece a ação administrativa⁴¹⁵.

Outra vantagem prática do controle dos conceitos indeterminados para a administração é o seu efeito preventivo positivo, o qual viabiliza que a Administração seja mais cautelosa nas decisões que toma, sendo forçada a exercer um estudo mais aprofundado acerca da decisão a ser pronunciada. Além do aperfeiçoamento de suas decisões temos como reflexo do controle a repulsa a situações de corrupção.

Então, a Administração Pública projetando o eventual controle dos seus atos começa a se comportar de maneira mais imparcial e justa, “otimizando” suas decisões e com isso, se tornando mais eficiente.

Quanto ao Poder Judiciário, o controle acaba por reafirmar a sua função principal que é julgar, ou seja, é devolvida a última palavra ao tribunal e como conseqüência é exige-se que o órgão julgador se afaste de sua posição confortavelmente estática e se torne um órgão dinâmico, com iniciativa, com poder e vontade próprios.

Cabendo ao judiciário o direito de se pronunciar por último, o controle pleno ou limitado dependerá das circunstâncias que envolvem a questão e as provas do caso concreto, atribuindo-se ao Judiciário a competência para fixar a linha-limite de seu controle.

O tribunal, órgão independente e responsável, saberá fixar o seu *self-restraint*, de modo a não entrar no campo do arbítrio. O risco de o juiz ultrapassar esta linha é em qualquer caso menor do que o risco que representa a atribuição à

⁴¹⁵ Ibid, p. 236.

última palavra à Administração, pois esta está envolvida nos interesses que integram a decisão, para além de que, com o tempo, o juiz cristaliza sua jurisprudência, fenômeno que também contribui para evitar qualquer tentação arbitrária sua (decisionismo) e reforça as garantias do cidadão⁴¹⁶.

Assim, fixando o poder judiciário jurisprudências elas beneficiarão tanto os órgãos julgadores que terão precedentes para embasarem suas decisões quanto aos cidadãos que poderão obter uma maior segurança jurídica.

⁴¹⁶ Ibid, p. 236.

Conclusões

A pesquisa realizada para elaboração desta Dissertação nos levou a extrair das fontes as seguintes conclusões:

1. A linguagem é a mais rica e complexa ferramenta de comunicação entre os homens. A linguagem jurídica utiliza as expressões e os modos da linguagem ordinária, pois grande parte dos destinatários são pessoas comuns, que precisam compreender o que ela prescreve.

1.1 No entanto, nem sempre seus termos são claros a ponto de proporcionar um entendimento uniforme a todos, de forma que possibilitam vários tipos de interpretações podendo adaptá-las de maneira mais eficientes às modernas relações jurídicas.

1.2. Considerando que o legislador não possui condições de, em todas as situações – e nem lhe interessa fazê-lo -, formular um texto legal sem ambigüidades, é comum que sejam utilizados conceitos abertos, gênero dentro do qual se destacam os conceitos jurídicos indeterminados.

2. Os termos jurídicos indeterminados são também conhecidos como conceitos jurídicos indeterminados; são termos utilizados na norma jurídica que focalizam uma realidade cujos limites não aparecem bem precisos nos seus enunciados. São expressões vagas, utilizadas pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou pouco desconhecida; de forma que a impossibilidade do legislador prever todas as situações e a inviabilidade jurídica de realizar a regulamentação de todos os casos fundamentam a utilização pelo Poder Legislativo dos conceitos fluidos e vagos.

2.1. A estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados é composta por uma zona de certeza positiva ou negativa, onde não há dúvidas acerca da interpretação dos conceitos e por uma zona intermediária, onde prevalece a incerteza.

2.2. A vantagem de se legislar por meio de conceitos jurídicos indeterminados é permitir que o intérprete adéqüe a legislação às condições socioeconômicas, política e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei.

2.3. Existem diversas classificações de conceitos indeterminados apresentada pelos autores, quais sejam: conceitos descritivos e conceitos normativos, conceito de experiência e conceitos de valor, conceitos teóricos ou unissignificativos e conceitos plurrissignificativos.

2.4 O direito estrangeiro, principalmente o Direito Germânico, Espanhol e Português contribuíram de maneira significativa com os estudos da problemática dos conceitos jurídicos indeterminados.

2.5. No que tange a localização dos conceitos jurídicos indeterminados na estrutura da norma jurídica entende-se que eles se situam na hipótese da norma.

3. O Direito é um discurso alográfico, ou seja, somente se completa quando existe a interferência do intérprete do texto normativo e o Administrador Público, na sua atividade cotidiana que visa a realizar o interesse público se vê diante de textos legais que lhe concedem o poder de praticar atos vinculados ou discricionários.

3.1. O ato administrativo discricionário é uma das manifestações do legítimo poder que a sociedade, por meio da lei, atribuiu ao Administrador Público, não havendo que se confundir discricionariedade com arbitrariedade. A primeira é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites da lei; a arbitrariedade é uma ação contrária à lei ou excedente a ela.

3.2. Conceito jurídico indeterminado não se confunde com discricionariedade, pois a presença no corpo do texto legal de conceitos jurídicos indeterminados não significa liberdade do administrador para adotar qualquer solução, mas sim na adoção da única solução que melhor atenda a finalidade da lei.

3.3 Os atos administrativos vinculados não conferem à Administração liberdade para decidir, pois a normatização da atividade administrativa alcança todos os seus aspectos, diferentemente do que ocorre nos atos discricionários que permitem ao Administrador ao apreciar o caso concreto uma liberdade para escolher uma entre várias soluções, todas permitidas por lei mediante o critério de oportunidade e conveniência.

4. Na doutrina brasileira de direito administrativo não há posição definitiva acerca de qual tipo de poder – vinculado ou discricionário - é atribuído ao agente público por uma norma que contém conceitos jurídicos indeterminados, existindo três teorias acerca do assunto:

4.1. A que considera que os conceitos vagos e imprecisos não dão margem a discricionariedade, pois a sua análise comporta uma operação interpretativa da lei, que leva a uma única solução válida possível.

4.2. A que considera que somente os conceitos práticos (vagos) é que conduzem a discricionariedade

4.3. A que sustenta que os conceitos vagos poderiam conferir discricionariedade à administração em alguns casos.

5. No caso de dispositivos legais que contêm conceitos de valor, que necessitam mais do que interpretação para determinar seu conteúdo, existiria a discricionariedade dentro dos conceitos jurídicos indeterminados; e quando os casos envolvem conceitos de experiência não se admite a discricionariedade.

6. No que se refere ao controle dos atos administrativos praticados com base em preceitos normativos que contenham conceitos jurídicos indeterminados, também observamos três teses que estabelecem a quem deve a última palavra:

6.1. A tese que defende a idéia de que a última palavra é do juiz e o seu controle é pleno,

6.2. A tese de que defende que a última palavra é da Administração e

6.3. A tese mista que defende que a última palavra é do juiz em alguns casos e em outros casos a última palavra é da administração.

7. A primeira teoria (6.1) tem a preocupação deliberada de proteger os cidadãos, enquanto que a segunda teoria tem o objetivo de atender as realidades. Preferimos adotar a terceira teoria, qual seja: a vinculação da Administração à lei é plena quando se trate de interpretar e aplicar os conceitos legais indeterminados. No entanto, essa vinculação plena compreende uma certa flexibilidade, não em face à lei mas em face a regulação do modo de agir. Mantendo-se a vinculação mantém-se o princípio do controle jurisdicional total.

8. A flexibilidade diante da regulação do modo de agir se refere àquelas decisões que por natureza não devem ser controladas integralmente, ou seja, são decisões que embora vinculadas para o autor do ato (administrador) contém elementos que são incompatíveis com a idéia de controle pelo poder judiciário, por envolver questões política administrativas que é de maior domínio para a administração. Dessa forma, a função e o método dos tribunais não permitem um controle pleno dessas decisões.

8.1. As decisões que escapam do controle pleno do Judiciário são aquelas questões altamente complexas, as de caráter prognóstico, bem como as decisões de planificação.

8.2. Algumas dessas questões já foram enfrentadas pelos tribunais brasileiros, e comportam tão somente um controle dos contornos do ato administrativo, observando se a decisão respeitou os princípios administrativos, e outros critérios formais passíveis de controle.

8.3. Nesse sentido, é cabível ao juiz perquirir, após a revisão dos elementos predominantemente vinculados do ato administrativo, se o administrador se

manteve dentro da esfera de liberdade que lhe foi conferida por lei e verificar se os atos foram motivados, guiados pelos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público e eficiência sem excluir os demais princípios que regem o sistema jurídico.

9. Na doutrina contemporânea do direito administrativo admite-se o controle judicial do ato discricionário pelo Judiciário com fundamento na teoria do abuso do poder, na teoria do desvio de finalidade do ato, na teoria dos motivos determinantes, na teoria da moralidade administrativa e na teoria da razoabilidade que deve nortear todos os atos jurídicos.

10. Diante de um texto normativo que contenha um conceito jurídico indeterminado, o Administrador Público deve executar uma atividade interpretativa, definindo os contornos do conceito e como deve se dar sua aplicação no caso concreto. Essa atividade intelectual do Administrador não se confunde com a atividade volitiva que é inerente ao poder discricionário.

10.1. A definição do que está contido no conceito jurídico no caso concreto é, portanto, uma atividade de interpretação e não uma manifestação do poder discricionário e, por tal motivo, considerando que ao Judiciário cabe a prerrogativa de definir em nível final o sentido da norma legal, é operação sujeita ao controle judicial.

10.2. Desse modo, a teoria com a qual mais nos identificamos é a de que na interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o juiz tem sempre legitimidade para um controle tendencialmente pleno; todavia, somente deverá exercitar o seu controle até ao limite que os elementos de que dispõe lhe permitam.

10.3. Tanto a interpretação do conceito jurídico, quanto a da norma que atribuiu ao Administrador um poder discricionário devem se submeter ao Princípio da Razoabilidade, que visa a alcançar o valor maior do ordenamento jurídico que é a Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ALBUQUERQUE, Ronaldo de Medeiros e. *Conceitos vagos e discricionariedade: da teoria geral do Direito Administrativo*. 1999. 304 f. Dissertação de mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 1999.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de estudios políticos y onstitucionales, 2002, 1983.

ALVIM, Arruda. *A discricionariedade administrativa e o controle judicial*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público. Malheiros, 2000.

_____. *Manual de direito processual civil*. V.I. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

AMARAL, Francisco. *A equidade no código civil brasileiro*. Revista CEJ, n. 24, 2004.

_____. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Os princípios administrativos na Constituição de 1988*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, dez. 1990.

_____. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTR, 1999.

ARAÚJO, Floriano Dutra de. *Discricionariedade e motivação do ato administrativo*. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ARISTÓTELES. *Organon*. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães, 1985. v.1.

ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: SAFE, 1996.

ASSAD, Sandra Mara Flübel. FERREIRA, Gilberto. *Os poderes do juiz no processo civil moderno*. Repr n° 86, São Paulo: RT. abril/junho. 1997.

ATIENZA, Manuel & MANERO, Juan Ruiz. *Sobre principios y reglas*. Doxa: cuadernos de filosofia del derecho, n. 10, Alicante (Espanha): Universidade de Alicante, 1991.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 2004.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)*. Madri: Marcial Pons, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral dos conceitos legais indeterminados*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.7. n. 27, abr./jun. 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: editora Polis/UNB, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL, Constituição [da] República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Inafastabilidade do controle judicial da Administração*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público. Malheiros, 2000.

BULLINGER, Martin. *A discricionariedade da administração pública*. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, abr./jun. 1987.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1991.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1986.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. *Fidelidade à República ou fidelidade à NATO*. Revista da Faculdade de Direito de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Rodrigues Queiró. I. 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.

_____. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica- Ed. Líder, 2001.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva. 1999.

_____. *Língua e linguagem – Signos lingüísticos*. Apostila.

CHAMOUN JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 1991.

COMANDUCCI, Paolo. *Princípios jurídicos y indeterminación del derecho*. Doxa: cuadernos de filosofia del derecho, n. 21 - II, Alicante (Espanha): Universidade de Alicante, 1998.

CONCEIÇÃO, Márcia Dominguez Nigro. *Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos de relevância e urgência (artigo 62 da CF)*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina. 1987.

CORREIA, Sérvulo. *Lições de Direito Administrativo*. Lisboa, 1982.

COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 29, jun. 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O desvio de poder na administração pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v.2.

DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (um estudo crítico de la jurisprudência)*. Madri: Civitas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ECO, Humberto. *Tratado geral de semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 1997.

_____. *O signo*. Tradução de Maria de Fátima Marinho. Lisboa: Presença, 1997.

EHRAHRDT SOARES, Rogério. *Direito Administrativo*. Lições ao curso complementar de ciências jurídico-políticas da Faculdade de Direito de Coimbra do ano de 1977/78. Coimbra, 1978.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de Batista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de mérito no Direito Administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Seleção Histórica, n. 1 a 150.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Distrito Federal: Brasília Jurídica, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Discricionariedade: poder ou dever*. In: MELLO, Celso Antônio de. (Coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FIORATI, Jete Jane; FIORATI JÚNIOR, Wilson. *A interpretação da linguagem do regime jurídico administrativo*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 136, 1997.

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Verbo Jurídico, 2006.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de direito administrativo*. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1958.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Do princípio da moralidade administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 190, out./dez. 1992.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Direito Administrativo*. Lisboa, 1983, vol. II.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GARCIA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*. Revista de Administração Pública. n°38, 1962.

GASPARINI, DIÒGENES. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

GODOY, Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GORDILLO, Augustín. *Princípios gerais do direito público*. Trad. De Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora RT, 1977.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Os conceitos jurídicos e a doutrina real do direito*. In *Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo*. V. LXXVII, janeiro/dezembro, 1982.

_____. *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*. Barcelona: Bosch, 1998.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n° 12. jul-set. São Paulo: RT, 1995.

GÜNTER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

_____. *Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação*. Trad. Leonel Cesarino Pessoa, Cadernos de Filosofia Alemã, n. 6, 2000.

HARGER, Marcelo. *A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 87, n. 756, out. 1998.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5ª. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1962, v.2.

KRELL, Andréas J.. *A recepção da teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil*. In: Revista de Interesse Público. Ano 5, n° 23, janeiro/ fevereiro. Porto Alegre: Notadez, 2004.

LEAL, Victor Nunes. *Poder discricionário e ação arbitrária da Administração*. In: *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Reconsideração do tema abuso de poder*. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, Seleção Histórica, n. 1 a 150.

LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *Seis meses de novo Código Civil: foi bom para você também?* Ordem jurídica (Jornal da OAB-ES), n. 97, agosto de 2003.

LINARES, Juan Francisco. *Poder discrecional administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

MAGALONI, Ana Laura. *El juez norteamericano ante la lei. Las tecnicas de interpretación del statute law*. Isonomia.N° 6. abril 1997.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea*. Revista trimestral de direito civil, vol. 8, Rio de Janeiro: Renovar/Padma.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, vol 1: teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção*. Revista de informação legislativa do Senado Federal. n. 139, jul-set, Brasília: Senado Federal, 1998.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Questões processuais no novo código civil*. Barueri: Manole/Instituto Capixaba de Estudos, 2004.

_____. *Apresentação: notas iniciais à leitura do novo código civil*. In: ARRUDA ALVIM & ALVIM Thereza (Coord.), *Comentários ao novo código civil brasileiro, parte geral, vol 1*, Rio de Janeiro: Forense: 2005, p. LXXXII.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *“Relatividade” da competência discricionária*. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 25, São Paulo: Malheiros. 1999. p. 13.

_____. *Controle judicial dos atos administrativos*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 16. n. 65, jan/mar. 1983.

_____. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. *Revista de Direito Público*. São Paulo. V. 7, nº. 32, nov./dez. 1974.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Discricionariedade: fundamentos, natureza e limites*. *Revista de Direito Público*, São Paulo. V. 7, n. 33, jan./ mar. 1975.

_____. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. In: RDP 57-48.

_____. *Elementos do direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.1.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.190, out./dez. 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – segunda série, Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados*, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos jurídicos indeterminados*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 14, 1996.

MUKAI, Toshio. *Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional*. Boletim do Direito Administrativo. São Paulo. V. 10, n. 2, fev. 1994.

NAVARRETE, José Lorca. *Entre la antologia jurídica y la axiologia jurídica: de la elaboración y aplicacion del derecho. Temas de teoria y filosofia del derecho*. Madrid: Paramide, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luiz e NERY JR, Nelson. *Processo e constituição*. São Paulo:RT, 2006.

NOBERTO, Bobbio. *A era dos direitos*. São Paulo: Campos, 1999.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo de direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Porto Alegre: Ajuris. V. 90.

OLIVEIRA, Fabiana Andréa de Almeida. *Conceitos jurídicos indeterminados e poder discricionário*. Revista do Ministério Público do Estado da Bahia, Salvador, v. 6, n. 8, jan./dez. 1997.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

PAZZAGLINI FILHO, Mariano. *Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública: agentes públicos: discricionariedade administrativa: extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário*. São Paulo: Atlas, 2000.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

PIERCE JR, Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. *Administrative law and process*. 2. ed. Nova York: The Foudation Press, 1992.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: conceitos e evidência empírica*. In: *Judiciário e Economia no Brasil*, São Paulo: Sumaré, 2000.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 6, out. 1946.

_____. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Estudos de Direito Público, v. I – Dissertações.

_____. *O poder discricionário da administração*. Coimbra: Coimbra Editora, 1948.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Contratação emergencial de obras – demonstração da necessidade – natureza da matéria de comprovação*. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v.9, n. 10, out. 1996.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSADO, Marcelo da Rocha. *Aspectos relevantes da usucapião e da expropriação privada*. In: MAZZEI, Rodrigo Reis. *Questões processuais no novo código civil*. Barueri: Manole/Instituto Capixaba de Estudos, 2004.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos juridicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madri: Civitas, 1976.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos. 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva.

SEABRA, Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Almiro do Couto. *Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 179, jan./jun. 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O controle judicial do mérito administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUSA, Antônio Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Ed. Danúbio Ltda. 1987.

_____. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001.

TARUFFO, Michele. *Jueces y política: de la subordinación e la dialética*. Isonomia: Revista de Teoria e Filosofia del derecho. Nº 22. Abril. 2005.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Antônio Sergio Fabris, 2ª Ed. 1995.

WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.